



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?

Drahmann, A.; Verhoeven, M.J.M.; Brink, J.E. van den

### Citation

Drahmann, A. (2010). Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel? In M. J. M. Verhoeven & J. E. van den Brink (Eds.), *Preadviezen Jonge VAR-reeks* (pp. 143-197). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68114>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68114>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?

Mr. A. Drahmman\*

## Inhoud

1.	Inleiding	145
2.	Het Europese transparantiebeginsel	149
2.1.	Inleiding	149
2.2.	Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten	149
2.3.	Dienstenrichtlijn	155
2.4.	Tussenconclusie	157
3.	Het Europese transparantiebeginsel in Nederland	159
3.1.	Inleiding	159
3.2.	Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten	159
3.3.	Dienstenwet	162
3.4.	Jurisprudentie over de Wet op de kansspelen	163
3.5.	Tussenconclusie	167
4.	Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?	169
4.1.	Inleiding	169
4.2.	Reikwijdte van het transparantiebeginsel	170
4.3.	Toegevoegde waarde	171
4.4.	Codificatie van het transparantiebeginsel	176
4.5.	Tussenconclusie	192
5.	Slotbeschouwing	193
	Stellingen	197

\* Annemarie Drahmman is juridisch adviseur bij de provincie Noord-Holland. Ik wil graag Jan Reinier van Angeren en Adrienne de Moor-van Vught bedanken voor hun opmerkingen bij het concept van dit preadvies.

# I Inleiding

De preadviezen van de Jonge VAR van dit jaar gaan over Europese rechtsbeginselen. Het legaliteits-, vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel zijn in Nederland algemeen aanvaard als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit preadvies gaat over het 'transparantiebeginsel'. Het transparantiebeginsel – of doorzichtigheidsbeginsel – komt echter in handboeken over het algemeen bestuursrecht niet voor.<sup>1</sup> Bestaat er dan wel een transparantiebeginsel? In handboeken over het aanbestedingsrecht wordt het 'transparantiebeginsel' in zijn aanbestedingsrechtelijke context wel genoemd.<sup>2</sup>

Waar gaat dit preadvies over? Drie concrete voorbeelden ter illustratie:

Een minister wil een grote manifestatie organiseren en plaatst daarvoor niet een advertentie, maar neemt direct contact op met één evenementenbureau. U hebt ook een evenementenbureau en baalt dat u niet in aanmerking komt voor deze mooie opdracht. Mag dit zomaar?

In 2007 is dit daadwerkelijk gebeurd met 'Schoklandgate'. Minister Koenders (Ontwikkelingssamenwerking) gaf het bureau BKB (waarvan zijn PvdA-partijgenoten Booij en Van Bruggen eigenaar waren) € 750.000 om een eendaagse manifestatie te organiseren op het voormalige eiland Schokland ('het Akkoord van Schokland'). Deze opdracht werd niet openbaar aanbesteed, omdat het departement in tijdnood zou hebben gezeten. Op grond van het Europees recht was deze opdracht wel aanbestedingsplichtig. Een van de beginselen die bij een aanbestedingsprocedure in acht moet worden genomen, is het transparantiebeginsel. Op grond van dit beginsel mag een aanbestedende dienst niet zelf een contractspartij selecteren. De aanbestedende dienst moet deze opdracht passend bekendmaken. Koenders had ook niet drie 'bevriende' bureaus mogen bellen met het verzoek een offerte in te dienen, maar had een advertentie moeten plaatsen. Het doel van deze verplichting is dat de opdracht dusdanig wordt bekendgemaakt, dat alle potentiële gegadigden kennis kunnen nemen van deze opdracht, zodat zij allemaal evenveel kans hebben om mee te kunnen dingen. Een van de uitgangspunten van het Europese aanbestedingsrecht is namelijk dat de markt voor mededinging wordt geopend. In paragraaf 2 van dit preadvies wordt toegelicht wat dit transparantiebeginsel inhoudt en wat voor gevolgen het heeft voor het aanbestedingsrecht.

<sup>1</sup> Zo komt het transparantiebeginsel niet voor in het 'Overzicht algemene beginselen van behoorlijk bestuur en Awb' in Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, veertiende druk, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 283.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk e.a., Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, vierde druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

U wilt in Nederland een casino beginnen, maar uw aanvraag tot een vergunning wordt geweigerd, omdat alleen Holland Casino dit in Nederland mag exploiteren. Kan dat zomaar?

De laatste jaren heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRVs) een aantal vragen voorgelegd gekregen over het Nederlandse kansspelbeleid. De minister van Justitie is van mening dat er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang om de Nederlandse kansspelmarkt gesloten te houden. Niet in geschil is dat er inderdaad voldoende rechtvaardiging is om deze markt te reguleren. De vraag is echter of het ook gerechtvaardigd is om één partij (Holland Casino) een vergunning voor onbepaalde tijd te verlenen. Waarom is het niet mogelijk om één partij (of een beperkt aantal partijen) een vergunning voor bijvoorbeeld vijf jaar te verlenen? Nadat deze termijn verstreken is, zou een (bestuursrechtelijke) aanbestedingsprocedure gehouden kunnen worden. Op grond van het transparantiebeginsel zouden andere partijen dan ook kunnen deelnemen aan dit verleningsproces. En maakt het hierbij nog uit dat geen sprake is van een privaatrechtelijk contract (concessie), maar van een bestuursrechtelijke vergunningverlening? In paragraaf 3 wordt op deze vragen ingegaan.

U vraagt een subsidie aan, maar deze wordt geweigerd omdat het beschikbare budget net is opgemaakt aan een ander die eerder een aanvraag indiende; of in juridische termen: omdat het subsidieplafond is bereikt. U vindt dat uw plan veel beter is dan het andere, wel gesubsidieerde, plan. Mag dit zomaar?

Bij subsidieverlening wordt nog vaak uitgegaan van het systeem 'wie het eerst komt, wie het eerst maakt'. Dit wordt echter niet altijd als het meest eerlijke systeem ervaren. Ook is het de vraag of je daarmee altijd het beste einddoel realiseert. Steeds vaker wordt daarom een subsidie verleend door middel van een 'beauty contest'. Een dergelijke beauty contest lijkt op veel punten op een aanbestedingsprocedure. Daarom kan men zich afvragen of het transparantiebeginsel ook bij dit soort procedures moet worden gehanteerd. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de vraag hoe het 'aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel' vertaald kan worden naar ons Nederlands bestuursrecht.

Over dit soort situaties gaat dit preadvies. In essentie kan het transparantiebeginsel worden omschreven als het beginsel dat overheden 'transparant' moeten handelen. Maar dat is een vaag begrip. In het aanbestedingsrecht heeft het beginsel het doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen: alle (potentiële) inschrijvers moeten bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben. In vorenstaande voorbeelden is al ingegaan op de eis dat niet zomaar een concrete partij mag worden benaderd, maar dat gezorgd moet worden voor een 'passende openbaarheid' van de opdracht, zodat iedereen kan meedingen. Het transparantiebeginsel gaat echter verder. Het beginsel heeft niet alleen betrekking op een bekendmaking vooraf, maar speelt ook een rol tijdens de verdere procedure. Zo moeten alle 'spelregels' van tevoren op schrift worden gesteld, zodat iedereen ook tijdens de procedure dezelfde kansen heeft. Op al deze elementen van het transparantiebeginsel wordt hierna nog uitgebreid ingegaan. In dit preadvies wordt eerst het Europese transparantiebeginsel beschreven en vervolgens gezien waarheen de toepassing van het beginsel geëxtrapoleerd kan worden. Het transparantiebeginsel wordt namelijk

nog niet (expliciet) toegepast bij vergunningverlening (het tweede voorbeeld) en bij subsidieverlening (het derde voorbeeld). Schaarse besluitvorming vertoont materieel echter grote overeenkomsten met opdrachten die aanbesteed moeten worden. Het is dan ook de vraag of het transparantiebeginsel, dat waarborgen moet bieden in aanbestedingsprocedures, ook toegepast zou kunnen worden in het Nederlands bestuursrecht.

Dit preadvies heeft uitsluitend betrekking op het transparantiebeginsel in 'enge' zin. Soms wordt het transparantiebeginsel namelijk ook 'in brede zin' gehanteerd en wordt ook de toegang tot documenten, zoals men dat in Nederland kent op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB), onder het transparantiebeginsel begrepen. Ook het streven naar meer openheid op constitutioneel (politiek, democratisch) niveau wordt soms onder het transparantiebeginsel begrepen, bijvoorbeeld in het kader van transparante wetgevingsprocedures.<sup>3</sup> In dit preadvies wordt op deze twee aspecten niet ingegaan. Uitgaande van een 'enge' uitleg van het begrip, krijgt het 'transparantiebeginsel' een andere invulling. Deze 'enge' uitleg is niet uniek. Widdershoven e.a.<sup>4</sup> constateerden al eerder dat in de Europese rechtspraak op een aantal deelterreinen, met name het aanbestedingsrecht, het transparantiebeginsel een specifieke en welomlijnde vorm begint te krijgen en dat het zich lijkt te ontwikkelen tot een rechtsbeginsel. Juist omdat dit transparantiebeginsel 'in enge zin' zich steeds meer concretiseert, gaat dit preadvies daarover.

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingaan op dit Europese transparantiebeginsel (par. 2). Aan de orde zal komen wat dit transparantiebeginsel volgens literatuur en jurisprudentie inhoudt. Hierbij zal ik zowel ingaan op het aanbestedingsrecht als op de Dienstenrichtlijn. Daarna zal ik ingaan op de vraag hoe dit Europese transparantiebeginsel toegepast wordt in Nederland (par. 3). Daarbij zal ingegaan worden op de Aanbestedingswet, de Dienstenwet en de jurisprudentie van de ABRvS over de Wet op de kansspelen. Vervolgens zal de vraag aan de orde komen in hoeverre het Europese transparantiebeginsel het Nederlandse bestuursrecht beïnvloedt en verder zou kunnen (of zelfs moeten) beïnvloeden (par. 4). Kan dit Europese (met name aanbestedingsrechtelijke) beginsel dienen als inspiratie voor ons denken over het algemeen bestuursrecht? Zou het wellicht een nieuw (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kunnen worden of zelfs (al dan niet gedeeltelijk) neergelegd kunnen worden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb)? Afgesloten zal worden met een slotbeschouwing (par. 5).

Zoals gesteld, is de vraag naar de inhoud en omvang van het transparantiebeginsel in ontwikkeling. De tekst van dit preadvies is afgerond op 2 november 2009. Latere ontwikkelingen zijn dan ook niet meer betrokken bij dit preadvies. In het bijzonder wijs ik hierbij op de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak *Betfair*.<sup>5</sup> In antwoord op prejudiciële vragen van de ABRvS geeft de advocaat-generaal het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG) in overweging om voor recht te verklaren dat artikel 49 EG aldus moet worden uitgelegd

3 Zie over deze twee aspecten ook Prechal en De Leeuw, 'Transparency: A general Principle of EU Law', in: *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Deventer: Kluwer 2008, p. 206-219.

4 R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 85 e.v.

5 Conclusie d.d. 17 december 2009, zaak C-203/08.

dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting eveneens toepasselijk is op de kanspelsector in het kader van een éénvergunningstelsel. Met zijn advies kan ik mij verenigen. Indien het HvJ EG het advies van de advocaat-generaal volgt, zal dit gevolgen hebben voor de toepassing van het transparantiebeginsel in het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder bij de verlening van vergunningen in een situatie van schaarste.

## 2 Het Europese transparantiebeginsel

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op het Europese transparantiebeginsel. Aan de hand van jurisprudentie en literatuur zal worden gezien wat het Europese transparantiebeginsel omvat. Het transparantiebeginsel komt vooral naar voren in het aanbestedingsrecht en bij andere overheidsopdrachten. Ook komt het beginsel naar voren in de Dienstenrichtlijn.<sup>6</sup> Voor het antwoord op de vraag wat het transparantiebeginsel inhoudt, zal hierna dan ook op deze twee rechtsgebieden worden ingegaan (par. 2.2 en 2.3). Afgesloten zal worden met een tussenconclusie (2.4).

### 2.2 Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten

In deze paragraaf zal een korte weergave worden gegeven van de belangrijkste aanbestedingsrechtelijke bronnen die ingaan op het 'transparantiebeginsel'. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de EG-richtlijnen, de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie en de jurisprudentie van HvJ EG.

#### EG-richtlijnen

Het Europese aanbestedingsrecht is in het bijzonder gebaseerd op de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG.<sup>7</sup>

In Richtlijn 2004/18/EG<sup>8</sup> wordt expliciet over het transparantiebeginsel gesproken. Uit de tweede inleidende overweging volgt dat het transparantiebeginsel een beginsel is dat kan worden afgeleid uit de beginselen die volgen uit het EG-Verdrag.<sup>9</sup> Uit andere overwegingen kan worden afgeleid dat dit transparantiebeginsel de volgende aspecten omvat:

- 6 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376/36.
- 7 Uit het wetgevings- en werkprogramma van de Europese Commissie voor 2007 blijkt dat de Europese Commissie voornemens is een voorstel voor een 'richtlijn betreffende de coördinatie van procedures voor de gunning van concessies' op te stellen. Tot op heden is dit voorstel nog niet gepubliceerd.
- 8 Richtlijn 2004/18/EG betreft 'de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten'.
- 9 In de overweging wordt gesteld: 'Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. (...)'

- De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, de selectie van de inschrijvers en de gehele procedure moet op transparante wijze geschieden. Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende dienst onder andere is gehouden om vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren.<sup>10</sup>
- De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria, waarbij het transparantiebeginsel in acht wordt genomen. Iedere inschrijver moet de mogelijkheid worden geboden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast. Daarom moeten de aanbestedende diensten tijdig de gunningcriteria en het relatieve gewicht van elk van deze criteria aangeven, zodat de ondernemers er bij de opstelling van hun inschrijving kennis van hebben.<sup>11, 12</sup>

Artikel 2 van de richtlijn gaat over de 'beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten'. Hierbij wordt ook verwezen naar de te betrachten transparantie door aanbestedende diensten.<sup>13</sup>

Geconstateerd kan dan ook worden dat de EG-richtlijnen een zelfstandig transparantiebeginsel (er)kennen. Dit beginsel is een norm die aanbestedende diensten moeten hanteren in hun handelen. Het beginsel heeft tot gevolg dat de selectie- en gunningcriteria aan het begin vastgesteld moeten worden, algemeen bekendgemaakt moeten worden en gehanteerd moeten worden.

#### *Interpretatieve Mededeling*

Naast de richtlijnen heeft de Europese Commissie een Interpretatieve Mededeling gepubliceerd.<sup>14</sup> De hiervoor genoemde richtlijnen gelden namelijk niet voor alle opdrachten van de overheid.<sup>15</sup> Uit jurisprudentie van het HvJ EG volgt dat de in het EG-Verdrag opgenomen regels en beginselen ook van toepassing zijn op opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen.<sup>16</sup> In de Interpretatieve Mededeling wordt beschreven hoe de Europese Commissie de rechtspraak van het HvJ EG interpreteert. Volgens de Europese Commissie worden door de Interpretatieve Mededeling geen nieuwe rechtsregels gecreëerd. Bovendien wordt benadrukt dat de uitlegging van het gemeenschapsrecht de taak van het HvJ EG is. Desalniettemin heeft Duitsland bij het Gerecht van Eerste Aanleg een beroep tot nietigverklaring van

<sup>10</sup> Overweging 39.

<sup>11</sup> Overweging 46.

<sup>12</sup> Richtlijn 2004/17/EG betreft de 'coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren energievoorziening, vervoer en postdiensten'. In de richtlijn is een vergelijkbare regeling opgenomen. Overweging 55 luidt als volgt: 'De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen.'

<sup>13</sup> Het artikel luidt als volgt: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.'

<sup>14</sup> Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

<sup>15</sup> Onder andere opdrachten waarvan de waarde onder de toepassingsdrempels ligt en opdrachten voor de diensten die worden genoemd in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG of bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG, waarvan de waarde de toepassingsdrempels overschrijdt.

<sup>16</sup> Zie eveneens Judmaier, Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing, Tender Nieuwsbrief november 2003, p. 4-5.

deze Interpretatieve Mededeling ingediend.<sup>17</sup> Op het beroep is nog niet beslist. Of nu sprake is van onbevoegd vastgestelde quasiwetgeving of niet, de Interpretatieve Mededeling bevat in ieder geval de visie van de Europese Commissie op het transparantiebeginsel en is daarom relevant voor dit preadvies.<sup>18</sup>

Allereerst stelt de Europese Commissie dat wanneer aanbestedende diensten opdrachten plaatsen die binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag vallen, zij de regels en beginselen van dat verdrag in acht moeten nemen, waaronder het transparantiebeginsel.<sup>19</sup> Volgens de Interpretatieve Mededeling is transparantie een basisnorm die direct is ontleend aan de regels en beginselen van het EG-Verdrag. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit impliceren namelijk een verplichting tot transparantie. De Europese Commissie leidt uit rechtspraak van het HvJ EG af dat het transparantiebeginsel inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Deze basisnorm wordt vervolgens in de Interpretatieve Mededeling uitgewerkt in normen die betrekking hebben op (1) de bekendmaking, (2) de gunning en (3) de rechterlijke bescherming. Deze drie soorten normen worden hierna toegelicht.

#### Bekendmaking

Met betrekking tot de bekendmaking wordt gesteld dat er een verplichting bestaat om te zorgen voor een passende bekendmaking.<sup>20</sup> Aan elke potentiële inschrijver moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend. Dit betekent dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming toegang moet krijgen tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund, zodat die onderneming haar belangstelling voor die opdracht kan tonen. Volgens de Europese Commissie is het niet voldoende dat een aanbestedende dienst contact opneemt met een aantal potentiële inschrijvers, zelfs niet als de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land beperkt of als de dienst probeert alle potentiële leveranciers te bereiken. Een dergelijke 'selectieve aanpak' is in strijd met het transparantiebeginsel. Hetzelfde

17 Zaak T-258/06, PB C 294/52. In het verzoekschrift stelt Duitsland dat de Europese Commissie niet bevoegd was om de Interpretatieve Mededeling vast te stellen, omdat de Interpretatieve Mededeling nieuwe voorschriften zou bevatten die verder gaan dan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. Deze nieuwe voorschriften zouden bindende werking hebben voor de lidstaten, terwijl de Europese Commissie niet bevoegd is dergelijke regelingen vast te stellen.

18 In het Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van de Europese Commissie (COM (2004) 327 def) wordt ook een samenvatting gegeven van de regels die volgens de Europese Commissie voortvloeien uit het EG-Verdrag.

19 Het gaat dan om: (1) het vrij verkeer van goederen, (2) het recht van vestiging, (3) het vrij verrichten van diensten, (4) non-discriminatie en gelijke behandeling, (5) transparantie, (6) evenredigheid en (7) wederzijdse erkenning.

20 De richtlijnen inzake overheidsopdrachten bevatten specifieke afwijkingen die in bepaalde omstandigheden procedures zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk maken. De belangrijkste gevallen betreffen dwingende spoed ten gevolge van onvoorziene gebeurtenissen en opdrachten die om technische of artistieke redenen dan wel om redenen van de bescherming van alleenrechten slechts door één specifieke ondernemer kunnen worden uitgevoerd. Volgens de Europese Commissie kunnen deze afwijkingen ook worden toegepast bij opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen.

geldt voor alle vormen van 'passieve' publiciteit. Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst. Er wordt alleen aan het transparantiebeginsel voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht voordat deze wordt geplaatst. De vraag rijst dan wanneer sprake is van een 'voldoende toegankelijke aankondiging' en welk medium dan gebruikt mag worden. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat de aanbestedende diensten zelf mogen besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking van hun opdrachten. Hierbij moet gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector. Als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media worden gegeven: (1) internet, (2) Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen, (3) lokale media,<sup>21</sup> (4) Publicatieblad van de Europese Unie/TED (Tenders Electronic Daily).

De transparantieplichting houdt voor opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen niet in dat een formele aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. De bekendmaking mag daarom beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningprocedure en een uitnodiging contact op te nemen met de aanbestedende dienst. Als de aanbestedende dienst het aantal gegadigden wil beperken, moet de aanbestedende dienst wel voldoende informatie verstrekken over de mechanismen die voor de selectie van gegadigden worden gebruikt.

#### Gunning

Hiervoor is al gesteld dat op grond van het transparantiebeginsel aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd. Na de transparante bekendmaking zal ook een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moeten worden. Dit kan blijkens de Interpretatieve Mededeling in de praktijk het best worden bereikt door:

- een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht;<sup>22</sup>
- gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten;<sup>23</sup>

21 Weliswaar mogen aanbestedende diensten nog steeds lokale media, zoals plaatselijke kranten, gemeentelijke aankondigingsbladen of zelfs aanplakborden gebruiken, maar omdat deze alleen een bekendmaking op strikt plaatselijk niveau garanderen, is dit alleen geschikt voor speciale gevallen, zoals zeer kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat.

22 In de beschrijving van de vereiste kenmerken van een product of een dienst mag niet worden verwezen naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een specifiek productieproces, naar handelsmerken, octrooien, typen of een specifieke oorsprong of productie, tenzij een dergelijke verwijzing wordt gerechtvaardigd door het onderwerp van de opdracht en vergezeld gaat van de woorden 'of daarmee overeenstemmend'. In ieder geval moeten bij voorkeur algemenere beschrijvingen van de prestaties of functies worden gegeven.

23 De aanbestedende diensten mogen geen voorwaarden opleggen die leiden tot een directe of indirecte discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, zoals de eis dat ondernemingen die voor de opdracht in aanmerking wensen te komen, in dezelfde lidstaat of regio moeten zijn gevestigd als de aanbestedende dienst.

- wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels;<sup>24</sup>
- passende termijnen;<sup>25</sup> en
- transparante en objectieve aanpak.<sup>26</sup>

#### Rechterlijke bescherming

Met betrekking tot de rechterlijke bescherming stelt de Interpretatieve Mededeling dat het van belang is dat het mogelijk is de onpartijdigheid van de procedure te toetsen. Ook bij opdrachten onder de drempelwaarde zijn particulieren gerechtigd zich daadwerkelijk voor de rechter te beroepen op door hen aan de communautaire rechtsorde ontleende rechten. Lidstaten moeten zorgen voor de voorschriften en procedures die nodig zijn om een daadwerkelijke bescherming voor de rechter te waarborgen. Dit betekent in ieder geval dat tegen beslissingen ten nadele van iemand die belangstelling voor de opdracht heeft of heeft gehad (zoals beslissingen om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten) beroep moet openstaan wegens mogelijke schending van aan het primaire gemeenschapsrecht ontleende basisnormen. Dit beroepsrecht moet doeltreffend uitgeoefend kunnen worden. Daarom moeten de aanbestedende diensten beslissingen die voor beroep openstaan, motiveren, hetzij in de beslissing zelf, hetzij op verzoek na de mededeling van de beslissing. Ook moeten het gelijkwaardigheidsbeginsel<sup>27</sup> en het effectiviteitsbeginsel<sup>28</sup> in acht worden genomen.<sup>29</sup>

Uit het voorgaande volgt dat de Interpretatieve Mededeling een nadere concretisering van het transparantiebeginsel bevat en daarbij een driedeling hanteert, namelijk transparantie vooraf in de vorm van een passende bekendmaking, transparantie tijdens de (gunning)procedure en transparantie achteraf in de vorm van rechterlijke bescherming en motivering van het gunningbesluit. Deze driedeling zal waar mogelijk in dit preadvies worden gevolgd.

<sup>24</sup> Indien gegadigden of inschrijvers certificaten, diploma's of andere schriftelijke bewijsstukken moeten overleggen, moeten, in overeenstemming met het beginsel van wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, documenten uit andere lidstaten die een gelijkwaardige garantie bieden, worden aanvaard.

<sup>25</sup> De termijnen voor de indiening van blikken van belangstelling en van een offerte moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun offerte voor te bereiden.

<sup>26</sup> Alle deelnemers moeten vooraf kennis kunnen nemen van de toepasselijke voorschriften en de zekerheid hebben dat deze voorschriften voor iedereen op dezelfde wijze worden toegepast.

<sup>27</sup> Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de beschikbare rechtsmiddelen niet minder doeltreffend mogen zijn dan die welke worden toegepast bij soortgelijke vorderingen die op het nationale recht gebaseerd zijn.

<sup>28</sup> Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat het in de praktijk niet onmogelijk of uitzonderlijk moeilijk gemaakt moet worden rechterlijke bescherming te krijgen. Zie voor dit beginsel de zaken C-461/93 en C-481/93, Brasserie du Pêcheur, Jurispr. 1996, p. I-1029, punt 83, en zaak C-327/00, Santex, Jurispr. 2003, p. I-1877, punt 55.

<sup>29</sup> In de Interpretatieve Mededeling wordt niet expliciet verwezen naar het Alcatel-arrest (Hv) EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98). In dit arrest oordeelde het Hv EG dat uit de aanbestedingsrichtlijnen volgt dat 'lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen'. Uit de Interpretatieve Mededeling blijkt niet duidelijk of het Alcatel-arrest ook van toepassing is op opdrachten die onder de drempelwaarde vallen. Wel wordt gesteld dat zorg gedragen moet worden voor daadwerkelijke, effectieve rechtsbescherming. Het is dan ook de vraag of het enkel bieden van schadevergoeding in plaats van een nietigheidsberoep mogelijk te maken afdoende is.

## Jurisprudentie HvJ EG

Over het transparantiebeginsel zijn diverse arresten door het HvJ EG geweest. Europa Decentraal heeft op zijn website een overzicht gegeven van deze jurisprudentie.<sup>30</sup> Gelet op de beperkte omvang die dit preadvies mag hebben, volsta ik hier met een korte, maar zo concreet mogelijke weergave van verplichtingen die voortvloeien uit de jurisprudentie.

### Bekendmaking

- Vermeld in de bekendmaking de uiterste datum waarop een inschrijving ontvangen moet zijn; gun alle inschrijvers evenveel tijd zodat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.<sup>31</sup>
- De gunningcriteria moeten vooraf bekendgemaakt worden. Vermeld deze in de oproep dan wel vermeld in ieder geval waar ze kunnen worden gevonden. Vermeld de criteria zo mogelijk in afnemende volgorde van belang.<sup>32</sup>
- Zorg voor een passende mate van openbaarheid aan elke potentiële inschrijver. Hierdoor wordt de dienstenmarkt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst. Afhankelijk van de aard van de dienst is publicatie op Europees of slechts lokaal niveau vereist. Er moet een mate van openbaarheid verzekerd worden die passend is om de aan de orde zijnde potentiële markt voor mededinging te openen en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid te kunnen toetsen. Een bekendmaking in het Publicatieblad van de EU is altijd afdoende. De opdracht moet altijd in enige mate algemeen bekend worden gemaakt, maar wat die openbaarheid precies inhoudt, wordt aan het nationale recht overgelaten.<sup>33</sup>

### Gunning

- Wijziging van de oorspronkelijke aanbieding is niet meer mogelijk. Hierdoor wordt de ene inschrijver namelijk bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.<sup>34</sup>
- Wijziging van een (belangrijke) inschrijvingsvoorwaarde is na de gunning niet meer mogelijk. Als men deze mogelijkheid wil behouden, zal deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan uitdrukkelijk opgenomen moeten worden in het inschrijvingsbericht.<sup>35</sup>
- De criteria moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren.<sup>36</sup>
- De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Zie <[www.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html)>.

<sup>31</sup> Waalse bussen-arrest (HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, Commissie/België).

<sup>32</sup> O.a. Waalse bussen-arrest en het arrest Lianakis e.a. (HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06).

<sup>33</sup> O.a. het arrest Yelaustrija (HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98) en het arrest Conatme (HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03). Zie eveneens de Conclusie van de A-G bij het Finse keuken-arrest (HvJ EG 26 april 2007, zaak C-195/04) en de Conclusie van de A-G bij het Ierse ambulancediensten-arrest (HvJ EG 18 december 2007, zaak C-532/03).

<sup>34</sup> Waalse bussen-arrest.

<sup>35</sup> Het arrest Succhi di Frutta (HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99).

<sup>36</sup> O.a. het arrest SIAC Construction (HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00) en het arrest Wienstrom (HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01).

<sup>37</sup> O.a. het arrest SIAC Construction en het arrest Wienstrom.

- De criteria moeten op objectieve en uniforme wijze toegepast worden.<sup>38</sup>
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningprocedure moeten in de bekendmaking of het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze.<sup>39</sup>

#### Rechterlijke bescherming

- Een rechter moet de naleving van het transparantiebeginsel kunnen controleren.<sup>40</sup>
- Er bestaat een verplichting tot mededeling van het resultaat van de gunningprocedure.<sup>41</sup>
- Ten behoeve van de controleerbaarheid zijn er registratieverplichtingen, bijvoorbeeld het bewaren van documenten en het opstellen van een proces-verbaal.<sup>42</sup>

### 2.3 Dienstenrichtlijn

In deze paragraaf zal een korte weergave worden gegeven van het 'transparantiebeginsel', zoals dat naar voren komt in de Dienstenrichtlijn<sup>43</sup>. Ook de Dienstenrichtlijn heeft namelijk als een van de uitgangspunten dat lidstaten bij vergunningverlening transparant moeten handelen.

Op grond van de Dienstenrichtlijn moet in geval van schaarse vergunningen<sup>44</sup> een selectieprocedure worden vastgesteld om uit verscheidene gegadigden te kunnen kiezen. Deze procedure moet transparant en onpartijdig zijn. Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn betreft de selectie uit diverse gegadigden in geval van schaarse vergunningen. Het eerste lid luidt als volgt:

'Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maken de lidstaten een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.'

<sup>38</sup> Het arrest SIAC Construction. Deze voorwaarde kan blijkens het arrest beperkingen tot gevolg hebben voor de rol die een deskundige kan spelen en de mogelijkheid om gegevens die in de toekomst pas precies bekend zullen worden te beoordelen. Als een aanbestedende dienst een gunningscriterium vaststelt, maar daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de verstrekte inlichtingen juist zijn, is dit in strijd met het transparantiebeginsel (Wienstrom).

<sup>39</sup> Het arrest Succhi di Frutta.

<sup>40</sup> Het arrest SIAC Construction.

<sup>41</sup> Zie de Conclusie van de A-G bij het arrest Coname. Daarnaast volgt uit het arrest van 18 juni 2002 Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)/Stadt Wlen, zaak C-92/00 dat ook bij de intrekking van een aanbesteding de redenen voor de intrekking meegeëld moeten worden.

<sup>42</sup> Zie de Conclusie van de A-G bij het arrest Coname.

<sup>43</sup> Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376/36.

<sup>44</sup> Daarvan is sprake als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden (art. 12; zie ook overweging 62).

Hierbij vallen direct de parallellen met het transparantiebeginsel uit het aanbestedingsrecht op. Zo moet in het aanbestedingsrecht een 'passende mate van openbaarheid' worden gegarandeerd en moet bij de selectieprocedure een 'toereikende bekendmaking' plaatsvinden. Ook hier wordt een driedeling gemaakt in de eerdergenoemde drie fases van een procedure.

In het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn<sup>45</sup> wordt over de eis van transparantie gesteld dat de eis vooral betrekking heeft op de verplichting om de selectieprocedure voldoende bekend te maken. De overheid moet alle relevante informatie over de procedure bekendmaken, met inbegrip van het onderwerp van het vergunningstelsel, de redenen waarom het aantal vergunningen wordt beperkt, eventuele termijnen en de criteria die zullen worden gehanteerd bij de selectie van gegadigden.

Daarnaast wordt in de Dienstenrichtlijn over de transparantieplichting overwogen dat als een lidstaat criteria aan een dienstenaanbieder stelt, bijvoorbeeld in de vorm van een keurmerk of andere kwaliteitsaanduiding, deze criteria gemakkelijk toegankelijk moeten zijn.<sup>46</sup>

Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn betreft de vergunningsvoorwaarden. Dit artikel is niet beperkt tot schaarse vergunningen, maar geldt voor alle vergunningstelsels.<sup>47</sup> Het artikel luidt als volgt:

1. Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen.
2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn:
  - a) niet-discriminatoire;
  - b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
  - c) evenredig met die reden van algemeen belang;
  - d) duidelijk en ondubbelzinnig;
  - e) objectief;
  - f) vooraf openbaar bekendgemaakt;
  - g) transparant en toegankelijk.

In het eerdergenoemde Handboek wordt over dit transparantievereiste gesteld dat transparantie, toegankelijkheid en openbaarheid garanderen dat het vergunningstelsel begrijpelijk is voor alle potentiële aanvragers en dat de verschillende stappen in de procedure vooraf bekend zijn. Hieruit volgt dat als een bestuursorgaan een (diensten)vergunning wil verlenen en daarbij beschikt over beleidsvrijheid, dat bestuursorgaan criteria zal moeten opstellen en openbaar moeten maken.

Prechal en De Leeuw<sup>48</sup> merken terecht op dat de concrete inhoud van de transparantieplichting onduidelijk is. Wat is immers nog de betekenis van de transparantieplichting naast niet-discriminatoire, evenredig, duidelijk en

45 Te downloaden op <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf)>.

46 Overweging 102.

47 Art. 4, onder 6, van de Dienstenrichtlijn bevat de volgende definitie van 'vergunningstelsel': 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.'

48 Prechal en de Leeuw 2008, p. 234-235.

ondubbelzinnig, objectief en vooraf openbaar bekendgemaakt? Volgens hen moet aan de volgende 'hard-core requirements' voldaan worden:

'conditions, criteria, procedures etc. have to be made known to the persons concerned in advance; this may also imply a publicity obligation. The conditions, criteria, procedures etc. must be clearly drafted and, next, consistently interpreted and applied by the authorities. Sometimes this may require the drafting of policy rules which curtail the use of the discretionary powers of the authority concerned.'

#### 2.4 Tussenconclusie

Hiervoor is ingegaan op het Europese transparantiebeginsel zoals dit voortvloeit uit het aanbestedingsrecht en de Dienstenrichtlijn. Hierbij viel op dat er parallellen bestaan. Daarom zal ik hierna het transparantiebeginsel in algemene zin beschrijven, waarbij ik zo veel mogelijk aansluit bij de terminologie uit het algemeen bestuursrecht.

Het transparantiebeginsel kan worden afgeleid uit het EG-Verdrag. Volgens vaste jurisprudentie mogen de vrijheid van vestiging en diensten (art. 43 en 49 EG-Verdrag) slechts beperkt worden indien de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht worden genomen. Uit recentere jurisprudentie blijkt dat bij het beperken van deze vrijheden ook het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen. Het is daarmee een uit het primaire recht voortvloeiende verplichting. Dit heeft tot gevolg dat het transparantiebeginsel moet worden aangemerkt als een fundamentele regel van het EG-Verdrag.

Het doel van het transparantiebeginsel is in zowel het aanbestedingsrecht als de Dienstenrichtlijn dat procedures (of dat nu een aanbestedingsprocedure of vergunningverlening is) op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het transparantiebeginsel heeft ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan wordt uitgebannen. Alle (potentiële) aanvragers moeten dezelfde kansen hebben. Om dit te realiseren, zal de selectieprocedure bekendgemaakt moeten worden. De procedure kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', 'uitvoering' en 'afsluiting' van de procedure.

Met de 'opening van de procedure' bedoel ik dat het bestuursorgaan bekend zal moeten maken dat er een aanbestedingsprocedure zal worden gevolgd of dat een vergunningverleningstelsel wordt geopend. Dit is vooral van belang voor procedures die een beperkte aanvraagtermijn hebben. Aan iedere potentiële aanvrager zal de procedure op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden. Er wordt alleen aan het transparantiebeginsel voldaan door een voldoende toegankelijke bekendmaking. Deze bekendmaking moet alle relevante informatie bevatten, zodat eenieder zijn belangstelling kan tonen. Een bestuursorgaan mag zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking. Dit zal bijvoorbeeld afhankelijk zijn van het onderwerp, de waarde en de gebruikelijke praktijken in de sector.

Met betrekking tot de 'uitvoering van de procedure' bedoel ik dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. Dit betekent dat de criteria waarop de aanvragen beoordeeld zullen worden van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden.

De criteria (en de uitleg daarvan) mogen ook gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden en moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige aanvragers deze op dezelfde wijze interpreteren. Ook de termijn voor het indienen van aanvragen moet gelijk zijn, hetgeen betekent dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden.

Met betrekking tot de 'afsluiting van de procedure' bedoel ik allereerst het bekendmaken van het besluit (bijvoorbeeld de vergunningverlening). Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden.

## 3 Het Europese transparantiebeginsel in Nederland

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de toepassing van het Europese transparantiebeginsel in Nederland. Ook hier zal eerst ingegaan worden op het aanbestedingsrecht (par. 3.2) en vervolgens op de Dienstenwet (par. 3.3). Daarna zal een kleine uitstap worden gemaakt naar de jurisprudentie van de ABRvS over de Wet op de kansspelen (par. 3.4), waarna afgesloten zal worden met een tussenconclusie (par. 3.5).

### 3.2 Aanbestedingsrecht en andere overheidsopdrachten

In deze paragraaf zal kort ingegaan worden op het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), het voorstel voor een Aanbestedingswet en de relevante Nederlandse jurisprudentie.

#### Bao

Het Bao is een implementatie van Richtlijn 2004/18/EG. Artikel 2 van het Bao luidt als volgt: 'Een aanbestedende dienst behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelt transparant.'<sup>49</sup> In de nota van toelichting wordt ingegaan op de doelstellingen van de richtlijn. Een van deze doelen is 'de transparantie in de gemeenschappelijke markt voor overheidsaanbestedingen te vergroten en discriminatoir aanbestedingsgedrag van de aanbestedende diensten in de lidstaten van de Europese Unie te voorkomen'.<sup>50</sup>

#### Aanbestedingswet

Het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet<sup>51</sup> is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Op 29 april 2009 heeft het ministerie van Economische Zaken een nieuw conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. ter consultatie openbaar gemaakt. In het conceptwetsvoorstel wordt het transparantiebeginsel

<sup>49</sup> EG-richtlijn 2004/17/EG is geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass). Art. 9 van het Bass luidt gelijk aan art. 2 van het Bao.

<sup>50</sup> Stb. 2005, 408, p. 47.

<sup>51</sup> Kamerstukken II, 2005-2006, 30 501 nr. 1-3.

gecodificeerd.<sup>52</sup> Met de codificatie van het transparantiebeginsel in de Aanbestedingswet wordt beoogd de Aanbestedingsrichtlijnen en jurisprudentie van het HvJ EG te implementeren. De wetgever kiest er hierbij voor om het transparantiebeginsel niet ruimer te implementeren dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Volgens de wetgever zou de verplichting om een opdracht vooraf openbaar te maken, kunnen leiden tot hoge lasten en zou daarmee bij kleinere opdrachten al snel disproportioneel zijn. Dit is volgens mij een gemiste kans. Allereerst vraag ik mij af waarom de verplichting om een opdracht vooraf openbaar te maken altijd zou moeten leiden tot hoge lasten. Dit is afhankelijk van de wijze van openbaarmaking. Op grond van de Woningwet<sup>53</sup> moet van een aanvraag tot bouwvergunning een kennisgeving in 'een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad' worden gedaan. Een dergelijke kennisgeving is ook niet gebonden aan de omvang van de bouwwerkzaamheden. Een vergelijkbare kennisgeving zou mijns inziens ook voor opdrachten kunnen worden gegeven. Uiteraard zouden de verplichtingen disproportioneel kunnen worden als een volledige aanbestedingsprocedure gevolgd zou moeten worden, maar dit hoeft niet. Advocaat-generaal Stix-Hackl stelt in haar Conclusie bij het arrest Coname terecht dat de details van het transparantiebeginsel telkens uit de omstandigheden van het concrete geval volgen. De omvang van een openbaarmaking zou dus beperkt kunnen worden tot een proportionele last.

Daarnaast wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat niet geheel duidelijk is wanneer sprake is van 'grensoverschrijdendheid' van een opdracht. De vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang kan soms beantwoord worden aan de hand van de waarde van de opdracht, maar ook andere elementen, zoals de plaats van uitvoering kunnen hierbij van belang zijn. Dit heeft tot gevolg dat een aanbestedende dienst die in een grensgebied werkt bij een zeer kleine opdracht te maken kan hebben met een opdracht met grensoverschrijdend belang, terwijl een aanbestedende dienst ver van onze landsgrenzen bij dezelfde kleine opdracht geen grensoverschrijdend belang heeft. Het is de vraag of een dergelijk verschil enkel veroorzaakt door territoriale aspecten gerechtvaardigd is. Daarnaast zal een aanbestedende dienst door middel van een marktanalyse moeten onderzoeken of sprake is van een grensoverschrijdend belang, met alle lasten van dien. De wetgever

52 Art. 14 van het voorstel luidt als volgt:

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf handelt transparant.
  2. In afwijking van het eerste lid heeft de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf niet zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, het sluiten van een overeenkomst of het uitschrijven van een prijsvraag:
    - a. indien de bepalingen in het bepaalde bij of krachtens deze wet daartoe niet verplicht,
    - b. in een geval als bedoeld in artikel 12, onderdeel b, indien sprake is van bijzondere omstandigheden of objectieve rechtvaardigingsgronden of b. indien artikel 12, onderdeel c, van toepassing is.
  3. Het tweede lid, aanhef en onderdeel a, is niet van toepassing op een overheidsopdracht voor een dienst die is opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG indien die opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- Daarnaast luidt artikel 107 als volgt: 'Bij de toepassing van artikel 106, eerste lid, beperkt de aanbestedende dienst het aantal gegadigden op een transparante en niet-discriminerende wijze, met behulp van in de aankondiging vermelde selectiecriteria en weging.'

53 Art. 41 Woningwet luidt als volgt: 'Van een aanvraag om bouwvergunning wordt binnen twee weken na ontvangst daarvan door burgemeester en wethouders kennisgegeven in een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.'

hoopt – blijkens de memorie van toelichting – dat uit toekomstige jurisprudentie van het HvJ EG duidelijker zal worden wat het begrip inhoudt. Deze onduidelijkheid, in combinatie met de territoriale verschillen, zou echter ook aanleiding kunnen zijn om in een nationale Aanbestedingswet een andere keuze te maken voor de reikwijdte van het transparantiebeginsel. Indien de huidige beperking echter gehandhaafd blijft, zal het motto voor aanbestedende diensten moeten zijn: bij twijfel over de grensoverschrijdendheid, aanbesteden.

Verder valt in de memorie van toelichting op dat gesteld wordt dat ‘er aangrijpingspunten voor de algemene gelding van de beginselen gevonden [kunnen] worden in een parallelle toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’.<sup>54</sup> Deze zin is cryptisch. Zou hiermee bedoeld worden dat de wetgever vindt dat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat het transparantiebeginsel een algemene gelding heeft in Nederland? En als dat zo is, welk(e) algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan precies? Als dit het geval zou zijn, dan zijn de beperkingen die het wetsvoorstel aan de gelding van het transparantiebeginsel stelt nog merkwaardiger.

Ten slotte wijs ik volledigheidshalve nog op het wetsvoorstel Wet implementatie rechtsbeschermingrichtlijnen aanbesteden (Wira). Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van Richtlijn 2007/66/EG.<sup>55</sup> Artikel 4 van dit wetsvoorstel bepaalt dat aan iedere inschrijver of gegadigde mededeling moet worden gedaan van een gunningbeslissing en dat deze mededeling vergezeld moet gaan van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen. Ook bevat het voorstel een regeling voor de rechtsbescherming.

#### Jurisprudentie

Het zal niet verbazen dat bij aanbestedingsgeschillen regelmatig bij de Nederlandse rechter een beroep gedaan wordt op het transparantiebeginsel. Zo heeft de Hoge Raad op 4 november 2005<sup>56</sup> het transparantiebeginsel, onder verwijzing naar het arrest *Succhi di Frutta*, als volgt omschreven:

‘Het transparantiebeginsel strekt (...) ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbesteders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft, zoals de selectiecriteria.’

54 P. 7-8.

55 Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 335) tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Deze richtlijn moet uiterlijk 20 december 2009 zijn geïmplementeerd.

56 HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (BV Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat).

Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat 'het transparantiebeginsel, naast en in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, de uit de hiervoor weergegeven rechtspraak van het HvJ EG blijkende zelfstandige betekenis heeft'.

Ook is het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 van belang.<sup>57</sup> Uit dit arrest kan worden afgeleid dat in bepaalde gevallen waarin een opdracht buiten het regime van de richtlijnen valt en er zelfs geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, toch de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. Dit is het geval wanneer een aanbestedende dienst vrijwillig voor een aanbestedingsprocedure kiest.<sup>58</sup> Voor een recenter arrest wijs ik op het arrest van Hof Arnhem van 24 februari 2009 waarin wordt verwezen naar het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 november 2005.<sup>59</sup> Essers<sup>60</sup> geeft een uitgebreid overzicht van de Europese en Nederlandse jurisprudentie over het transparantiebeginsel.

Naast de civiele rechter oordeelt ook de bestuursrechter soms over aanbestedingsgeschillen. Dit is het geval als sprake is van een concessieverlening voor het verrichten van openbaar vervoer op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000). Ook in dergelijke procedures moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), onder verwijzing naar de arresten *Succhi di Frutta*, *Wienstrom* en *SIAC*, dat het transparantiebeginsel was geschonden, omdat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver uit het programma van eisen niet kon afleiden dat het budget van de provincie Noord-Brabant een van de elementen was op basis waarvan niet tot gunning overgegaan zou worden.<sup>61</sup>

### 3.3 Dienstenwet

In de Dienstenwet zal de Dienstenrichtlijn in Nederland worden geïmplementeerd. Het wetsvoorstel voor de Dienstenwet is op 10 maart 2009 naar de Eerste Kamer gezonden.<sup>62</sup> In dit wetsvoorstel komt het woord 'transparantie' niet voor. Artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn behoeft volgens de wetgever geen implementatie in de Dienstenwet:

57 HR 4 april 2003, NJ 2004/35 (RZG/ConforMed).

58 Zie in deze zin ook de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel *Aanbestedingswet 20..*, p. 27.

59 LJN B11985.

60 Essers, *Aanbestedingsrecht voor nutsbedrijven. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het nieuwe aanbestedingsrecht*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006, p. 206. Essers vraagt zich af of de Nederlandse burgerlijke rechter niet een te beperkte uitleg geeft aan het transparantiebeginsel. Wanneer gunningcriteria na het indienen van de aanbiedingen tot een bepaalde hoogte nog mogen worden uitgewerkt en wegingsfactoren achteraf mogen worden vastgesteld voor onderdelen van gunningcriteria, dan lijkt dit in strijd met de Europese jurisprudentie waaruit volgt dat inschrijvers al over deze informatie moeten kunnen beschikken bij de voorbereiding van hun offertes. Het transparantiebeginsel omvat, ook volgens Essers, meer dan een waarborg voor controle achteraf.

61 Vz. CBB 17 oktober 2005, AB 2006/46.

62 Implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet), Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. A.

'Deze eisen uit de dienstenrichtlijn komen overeen met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze in de vaste Nederlandse rechtspraak en administratieve praktijk worden gehanteerd en die ook voor een deel zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).'

Als voorbeeld wijst de wetgever op artikel 2:4 Awb (verbod op vooringenomenheid), afdeling 3.2 Awb (zorgvuldigheid, belangenafweging, onderzoeksplicht, verbod op *détournement de pouvoir*, belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel), afdeling 3.7 Awb (motivering). Daarnaast kunnen op grond van de Awb beschikkingen worden aangevochten bij de bestuursrechter, waarbij de bestuursrechter daarbij van bestuursorganen pleegt te eisen 'dat zij beleidsmatig handelen volgens objectieve en kenbare criteria'.<sup>63</sup> Het is mogelijk dat deze beginselen ook de beginselen zijn waar de wetgever in de concept-memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet op doelt. Dit blijkt echter niet uit het concept.

Uit de memorie van toelichting bij de Dienstenwet zou kunnen worden afgeleid dat het transparantiebeginsel overeenkomt met de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Het is een gemiste kans dat de wetgever dit, net als in de concept-memorie van toelichting voor de Aanbestedingswet, niet nader toelicht. Het is mogelijk dat de wetgever bedoelt dat elementen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel, zoals het motiveringsbeginsel, bestaande beginselen van behoorlijk bestuur zijn en dat om deze reden het transparantiebeginsel als zodanig niet geïmplementeerd hoeft te worden. Het lijkt niet in de rede te liggen dat de wetgever bedoelt dat naast het Europese transparantiebeginsel, het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur is. Hierna in paragraaf 4 zal nader ingegaan worden op de vraag of het transparantiebeginsel gecodificeerd zou moeten worden.

Ten slotte wordt in dit verband gewezen op Steyger<sup>64</sup> die, zelfs als het strikt genomen niet noodzakelijk is, voorstander is van een expliciete implementatie van artikel 10 van de richtlijn. Uit jurisprudentie van het HvJ EG kan volgens haar worden afgeleid dat implementatie van richtlijnen altijd door een wettelijke bepaling moet geschieden, opdat burgers uit de nationale wet hun rechten en verplichtingen kunnen kennen. Met Steyger ben ik van mening dat het duidelijker zou zijn geweest als de elementen uit artikel 10 Dienstenrichtlijn wel zouden zijn geïmplementeerd in de Dienstenwet.

### 3.4 Jurisprudentie over de Wet op de kansspelen

Hiervoor is al ingegaan op jurisprudentie van de civiele rechter en het CBB over aanbestedingsgeschillen. Daarnaast zijn ook de uitspraken van de ABRvS over de Wet op de kansspelen (Wks) interessant. De ABRvS heeft in 2008 prejudiciële vragen over de Wks gesteld. Daarom wordt hierna wat uitgebreider ingegaan op deze jurisprudentie.

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 22-23.

<sup>64</sup> E. Steyger, De Implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht, NTB 2008/1, p. 1-10.

Op grond van de Wks heeft de minister van Justitie één vergunning voor onbepaalde tijd verleend voor het aanbieden van casinospelen. Op 14 maart 2007<sup>65</sup> oordeelde de ABRvS dat dit gesloten systeem niet in strijd is met het EG-Verdrag. Met het reguleren van kansspelen is sprake van een dwingende reden van algemeen belang die het vrij verkeer mag beperken. Daarnaast maakt de Wks ook geen onderscheid naar nationaliteit. Ten slotte oordeelde de ABRvS dat het afgeven van één vergunning voor onbepaalde tijd niet betekent dat de casinomarkt blijvend is afgesloten, omdat niet is uitgesloten dat een vergunning zou kunnen worden ingetrokken. Het systeem is mede daarom gerechtvaardigd. Jans zet hier in zijn noot terecht vraagtekens bij. De facto is de markt immers voor alle andere ondernemingen gesloten.

Vervolgens heeft de ABRvS op 18 juli 2007<sup>66</sup> geoordeeld over de vraag of een aanvraag tot een vergunning voor het organiseren van een zelfstandige loterij terecht was geweigerd. Ook hier oordeelt de ABRvS dat sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en dat er geen sprake is van discriminatie naar nationaliteit. Met betrekking tot loterijen bepaalt de Wks niet dat er slechts één vergunning mag worden verleend. Voor loterijen zijn al drie vergunningen verleend. Vervolgens is de minister het beleid gaan voeren dat er geen nieuwe vergunningen worden verleend. Volgens de ABRvS zijn de geschiktheid en proportionaliteit van dit restrictieve beleid onvoldoende aannemelijk gemaakt. De ABRvS oordeelt vervolgens dat voorts niet valt in te zien dat die vergunningen telkens voor een periode van vijf jaar aan dezelfde vennootschappen worden verleend zonder dat er enige vorm van aanbesteding plaatsvindt. Dit kan, in het licht van de door het HvJ EG gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit niet worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt. Dit belang wordt immers al voldoende gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen. Uit deze uitspraak zou dan ook kunnen worden afgeleid dat schaarse vergunningen, zoals het verlenen van één of enkele vergunningen voor het organiseren van een loterij, slechts verleend kunnen worden nadat een aanbesteding is gehouden. Indien een dergelijke aanbesteding zou worden georganiseerd voor de vergunningverlening, dan is het niet mogelijk dat slechts enkele partijen worden uitgenodigd om mee te dingen, omdat dit in strijd zou zijn met het transparantiebeginsel. In dat geval zal de minister moeten zorgen voor een passende bekendmaking van de start van de vergunningverleningprocedure.

Jans plaatst ook bij deze uitspraak een kritische noot. Volgens hem is de toetsing van de ABRvS aan de jurisprudentie van het HvJ EG beter, maar vraagt hij zich af of de ABRvS niet een stapje te ver gaat. Volgens hem blijkt uit rechtspraak van het HvJ EG, zoals het Coname-arrest, dat het transparantiebeginsel eerder moet worden gezien in de sleutel van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie, dan in de context van het evenredigheidsbeginsel. Nu van discriminatie, ook volgens de ABRvS, geen sprake is, geldt er ook geen aanbestedingsplicht. Jans wijst hierbij ook op de Dienstenrichtlijn. Ook deze gaat minder ver dan de ABRvS. Allereerst is bij een kansspel geen sprake van schaarste veroorzaakt door 'de beschikbare

65 ABRvS 14 maart 2007, zaaknummer 200600283/1, AB 2007/212.

66 ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/302, zaaknummer 200607881/1.

natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. Bovendien zijn kansspelen van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn uitgesloten.

Twee maanden na deze uitspraak van de ABRvS is het arrest Commissie/Italië geweest.<sup>67</sup> Hieruit blijkt mijns inziens dat de uitspraak van de ABRvS in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ EG is. In het arrest is geoordeeld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding voor de toewijzing van een concessie voor het beheer van paardenwedenschappen niet in overeenstemming is met het EG-Verdrag en 'in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel'. De hernieuwing zonder aanbesteding verhindert immers openstelling voor de mededinging en toetsing van de toewijzingsprocedure op onpartijdigheid.

Allereerst valt op dat in dit arrest wordt gesproken over het 'algemene transparantiebeginsel' waaraan getoetst moet worden. De vraag of aan het transparantiebeginsel voldaan is, hoeft dan ook niet beperkt te worden tot de sleutel van het gelijkheidsbeginsel of evenredigheidsbeginsel. Ten tweede is van belang te constateren dat ook in dit arrest sprake was van een kansspel (paardenwedenschappen) dat zonder een aanbestedingsprocedure was gegund.

Een verschil tussen het arrest van het HvJ EG en de ABRvS is dat bij het HvJ EG sprake was van een concessie en bij de ABRvS van een vergunningstelsel. In dit verband is de uitspraak van de ABRvS van 14 mei 2008 (Betfair) van belang.<sup>68</sup> Op grond van Wks kan er slechts één vergunning verleend worden aan een totalisator. Deze vergunning is verleend aan de Lotto. Betfair heeft – voor zover hier van belang – betoogd dat zij geen eerlijke kans heeft gehad om mee te dingen naar het verkrijgen van deze vergunning. De ABRvS verwijst naar het arrest Commissie/Italië en oordeelt dat in die situatie ook het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen, maar dat het de ABRvS evenwel niet duidelijk is of de uit deze beginselen voortvloeiende verplichtingen voor concessies ook gelden bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel als hier aan de orde. Daarom heeft de ABRvS hierover prejudiciële vragen gesteld.<sup>69</sup>

Het is nu afwachten wat het antwoord van het HvJ EG zal zijn op deze vraag. Indien het HvJ EG antwoordt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is op éénvergunningstelsels, dan zou dit een belangrijke uitbreiding van het transparantiebeginsel tot gevolg hebben. Naar mijn mening zou het HvJ EG deze vraag bevestigend moeten beantwoorden. Bij een concessieovereenkomst voor een dienst is sprake van een overeenkomst die betrekking heeft op het verrichten van diensten, waarbij de tegenprestatie voor de te verlenen dienst bestaat uit het recht de dienst te exploiteren. Volgens mij moet hierbij in ieder geval geen doorslaggevend gewicht worden toegekend aan het woord 'overeenkomst'. Zo worden op grond van de Wp2000 bij besluit concessies verleend voor het verrichten van openbaar vervoer, terwijl Verordening (EEG) 1191/69 en Verordening (EG) 1370/2007 spreken over een 'openbaredienstcontract'. Wel kan een belangrijk verschil zijn dat door het sluiten van een overeenkomst de verplichting ontstaat om de dienst te verrichten. Ook bij een concessiebesluit op grond van de Wp2000 is de concessiehouder verplicht het openbaar vervoer te verrichten. In de Wks is echter ook bepaald dat de vergunning voorschriften bevat over het aantal te houden wedenschappen,

67 HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, BR 2008/131.

68 Zaaknummer 200700622/1.

69 De prejudiciële vragen hebben bij het HvJ EG zaaknummer C-203/08 gekregen.

loterijen, enzovoort. Als dit niet alleen een maximumaantal, maar ook een minimumaantal bevat, is de vergunning dus te vergelijken met een concessieovereenkomst. Bovendien is van belang dat het transparantiebeginsel ten doel heeft dat de (nationale) dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en dat procedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het enkele feit dat een nationale wetgever gekozen heeft voor een vergunningstelsel in plaats van een concessieovereenkomst zou geen afbreuk mogen doen aan dit doel.<sup>70</sup>

Ten slotte wijs ik in het kader van de Wks nog op twee uitspraken van het CBB. De eerste uitspraak van het CBB is van 19 december 2007.<sup>71</sup> De burgemeester van Culemborg had aan Amutron een vergunning verleend voor het exploiteren van een kansspeelautomaat. In de Verordening Speelautomatenhallen van de gemeente was opgenomen dat de burgemeester maar één vergunning kon verlenen. In beleidsregels waren vervolgens de verdelingscriteria vastgelegd. Een van deze criteria had betrekking op de vraag wanneer sprake was van een ontoelaatbare nadelige beïnvloeding van de leef- en woonsituatie. Twaalf bedrijven dienden vervolgens een aanvraag tot vergunning in. In een (door de bestuursdienst van de gemeente opgesteld) memorandum werd geconcludeerd dat geen van de vergunningaanvragen voldeed aan het criterium over de leef- en woonsituatie. Toch werd de vergunning verleend aan Amutron. Volgens het CBB kon bij een strikte toepassing van de criteria ook Amutron niet in aanmerking komen voor een vergunning. De vergunning was dus verleend in afwijking van de beleidsregel. Het CBB toetst vervolgens aan artikel 4:84 Awb. Volgens het CBB was geen sprake van bijzondere omstandigheden. Het CBB overweegt hierbij dat het de burgemeester niet vrijstond om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels, omdat sprake was van een zogenoemde vergelijkende toets. Het CBB oordeelt dat vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren moeten worden vastgelegd en dat deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet kunnen worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt. Nu de aanvraag van Amutron niet aan het criterium over de leef- en woonsituatie voldeed, was de enig mogelijke beslissing die de burgemeester kon nemen het afwijzen van de aanvraag.

In paragraaf 4.3 wordt nog ingegaan op de vraag of artikel 4:84 Awb wel toegepast kan worden bij dit soort verdelingsprocedures, maar de eindconclusie van het CBB is mijns inziens correct. Indien in beleidsregels criteria worden opgenomen en vervolgens blijkt dat geen enkele aanvraag aan die criteria voldoet, dan is het niet mogelijk de criteria te wijzigen. Er is in dat geval maar één mogelijkheid: alle aanvragen te weigeren en vervolgens de criteria versoepelen en een nieuwe aanvraagronde te organiseren. De gekozen oplossing van de burgemeester was wel praktisch, maar in strijd met het transparantiebeginsel. Indien het transparantiebeginsel zou worden aanvaard als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dan had het CBB ook wegens strijd met dit beginsel het besluit kunnen vernietigen.

70 Pijnacker Hordijk e.a. zijn van mening dat de huidige stand van de rechtspraak niet tot deze conclusie dwingt. Volgens hen geldt het transparantiebeginsel niet voor de uitgifte van vergunningen of de verlening van subsidies (Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 173).

71 CBB 19 december 2007, JB 2008/67, LJN BC2460.

De tweede uitspraak van het CBB is van 3 juni 2009.<sup>71</sup> Ook in deze uitspraak had de burgemeester van Den Haag een exploitatievergunning verleend. Op grond van de gemeentelijke verordening was een vergunningenplafond ingesteld. Om in aanmerking te kunnen komen voor een vergunning in het centrum verzocht Flomimerson's de burgemeester om een vergunning voor een andere locatie in te trekken, zodat ruimte ontstond voor verlening van een nieuwe vergunning op de nieuwe locatie. En zo geschiedde: gelijktijdig werd de ene vergunning ingetrokken en de andere verleend. Volgens het CBB was dit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De burgemeester had op het moment dat ruimte ontstond om een vergunning te verlenen andere ondernemers de mogelijkheid moeten bieden om mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Ook hier geldt dat het CBB het besluit heeft vernietigd op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, terwijl het besluit eveneens in strijd was met het transparantiebeginsel.

### 3.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf is het Europese transparantiebeginsel beschreven. Ingegaan is op de toepassing van dit beginsel in Nederland. Hieruit bleek dat het aanbestedingsrecht in Nederland nu is neergelegd in het Bao, maar dat er een concept voor een nieuwe Aanbestedingswet is. In deze wet zal het transparantiebeginsel worden gecodificeerd. De wetgever kiest er hierbij voor om het transparantiebeginsel niet ruimer te implementeren dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Hierbij heb ik enige kanttekeningen geplaatst. In het wetsvoorstel voor de Dienstenwet wordt het transparantiebeginsel niet gecodificeerd. Ook hierbij zijn kanttekeningen te plaatsen. Het is jammer dat uit de toelichting bij beide wetsvoorstellen niet duidelijk wordt wat de verhouding is tussen het transparantiebeginsel en (andere?) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ook de bestuursrechter moet soms aan het transparantiebeginsel toetsen. Dit is het geval bij concessies die worden verleend op grond van de Wp2000. Daarnaast heeft de ABRvS in 2008 prejudiciële vragen gesteld over vergunningen die worden verleend op grond van de Wks. Een van deze vragen is (kort samengevat) of het transparantiebeginsel dat in acht moet worden genomen bij concessieverlening ook geldt bij het verlenen van vergunningen in een éénvergunningstelsel. Als het HvJ EG deze vraag bevestigend zou beantwoorden, zou dit een belangrijke uitbreiding van het transparantiebeginsel tot gevolg hebben. Hiervoor heb ik toegelicht dat naar mijn mening het HvJ EG deze vraag bevestigend zou moeten beantwoorden.

<sup>71</sup> CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 (zie eveneens CBB 3 juni 2009, AB 2009/374).



## 4 Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?

### 4.1 Inleiding

Hiervoor is ingegaan op de inhoud van het Europese transparantiebeginsel en de huidige toepassing daarvan in Nederland. In deze paragraaf zal ingegaan worden op vraag of dit Europese transparantiebeginsel ook ruimer, namelijk in het Nederlands bestuursrecht kan worden toegepast.

Naar mijn mening zou het transparantiebeginsel erkend moeten worden als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De notie die namelijk ten grondslag ligt aan het Europese transparantiebeginsel kan namelijk ook in nationale situaties een toegevoegde waarde hebben voor de normering van overheidshandelen. In het bijzonder kan hierbij gedacht worden aan de verlening van subsidies en andere schaarse besluiten. Bepaalde aspecten van het transparantiebeginsel worden weliswaar reeds gewaarborgd door andere beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het zorgvuldigheids-, motiverings- en evenredigheidsbeginsel), maar door erkenning van het transparantiebeginsel worden deze beginselen overkoepeld door een paraplubeginsel dat een specifieke betekenis heeft bij de verlening van (in ieder geval) schaarse besluiten. Bij iedere besluitvorming die in competitie geschiedt, zal een bestuursorgaan zich bij iedere handeling bewust moeten zijn van de gevolgen die dit heeft voor de mededinging en zich moeten afvragen: kan wat ik nu doe andere potentiële gegadigden benadelen. Een rechter kan vervolgens ook toetsen of hieraan voldaan is. Door het transparantiebeginsel in uitspraken expliciet te benoemen, kan de ontwikkeling van dit beginsel een verdere vlucht nemen.

Indien het transparantiebeginsel erkend wordt als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, is een vervolgvraag of dit beginsel ongeschreven zou kunnen blijven of direct gecodificeerd zou moeten worden in de Awb. Naar mijn mening is het direct codificeren van het beginsel nog een brug te ver, omdat de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk is. Het zou mijn voorkeur hebben als het beginsel zich eerst ontwikkelt in jurisprudentie, voordat het wordt gecodificeerd. Wel zou overwogen kunnen worden om specifieke elementen van het transparantiebeginsel voor specifieke besluitvorming te codificeren. Een regeling voor de verlening van schaarse besluiten in de Awb zou een toegevoegde waarde hebben. Hierdoor wordt duidelijk aan welke elementen een dergelijke procedure moet voldoen om in overeenstemming te zijn met het transparantiebeginsel. Bij bestuursorganen bestaat nog veel onbekendheid met en daarom vrees voor het houden van een beauty contest. Door het opnemen van een procedureregeling hiervoor zal het houden van dergelijke verleningsystemen gestimuleerd worden en in ieder geval gestroomlijnd worden.

In deze paragraaf zal het vorenstaande worden gemotiveerd. Hiertoe zal ik eerst ingaan op de reikwijdte van het transparantiebeginsel (par. 4.2). Vervolgens zal ingegaan worden op diverse mogelijkheden voor codificatie van het beginsel in de Awb (par. 4.3). Bij codificatie kan namelijk gedacht worden aan codificatie in afdeling 3.2 Awb of van elementen van het transparantiebeginsel, waarbij in het bijzonder gedacht kan worden aan wijziging van de regeling in de Awb voor beleidsregels en het opstellen van een verdelingsregeling voor schaarse besluiten.

#### 4.2 Reikwijdte van het transparantiebeginsel

Indien het transparantiebeginsel erkend zou worden als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zou het transparantiebeginsel niet langer beperkt zijn tot het aanbestedingsrecht, maar algemene gelding krijgen. Op dit moment is deze algemene gelding er nog niet. Dit blijkt al uit het feit dat de ABRvS prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak *Betfair*. De ABRvS vindt het noodzakelijk om te vragen of het transparantiebeginsel zoals dit volgt uit het EG-Verdrag ook van toepassing is op éénvergunningstelsels. Indien het transparantiebeginsel een algemeen aanvaard beginsel van behoorlijk bestuur zou zijn, zou een dergelijke vraag niet meer nodig zijn.

Buiten de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen doet het transparantiebeginsel zich echter wel al gelden en wel om de volgende redenen. Allereerst geldt het beginsel ook voor door de Europese Unie georganiseerde aanbestedingen. Ten tweede is in de vorige paragrafen ingegaan op de jurisprudentie van het HvJ EG waaruit volgt dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is in zaken die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, bijvoorbeeld omdat zij betrekking hebben op concessies voor diensten. Ten derde is (zoals ook al blijkt uit de vorige hoofdstukken) het transparantiebeginsel ook opgenomen in de Dienstenrichtlijn. Ten slotte wordt het vereiste van transparante, objectieve en non-discriminatoire selectiecriteria c.q. -procedures ook gevonden in de telecomunicatierichtlijnen<sup>73</sup> en elektriciteitsrichtlijn<sup>74</sup>. *Widdershoven e.a.*<sup>75</sup> leiden uit deze vier uitbreidingen van de reikwijdte van het transparantiebeginsel af dat het beginsel van transparantie zich ontwikkelt van een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht tot een algemeen rechtsbeginsel. Indien sprake zou zijn van een algemeen rechtsbeginsel, zou het transparantiebeginsel ook daar van toepassing zijn, waar het niet expliciet is geregeld. In dat geval zou het beginsel mogelijk

73 Richtlijn 2002/20 (Machtigingsrichtlijn) en 2002/21 (Kaderrichtlijn). Op grond van de Machtigingsrichtlijn moeten individuele gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers worden verdeeld door middel van een procedure die open, transparant en niet-discriminerend is (art. 5).

74 Richtlijn 2003/54. Art. 6 lid 1 bepaalt dat voor de bouw van nieuwe productiecapaciteit de lidstaten een vergunningprocedure invoeren die aan de hand van objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria wordt toegepast. Art. 7 lid 1 bepaalt vervolgens dat de lidstaten er in het belang van de leverings- en voorzieningszekerheid voor zorgen dat in nieuwe capaciteit of maatregelen op het gebied van energiebesparing en vraagsturing kan worden voorzien door middel van een aanbestedingsprocedure of een procedure die inzake transparantie en non-discriminatie gelijkwaardig is, op basis van gepubliceerde criteria.

75 Zie eveneens *Préchal en De Leeuw* 2008, p. 235-238 (noot 3).

76 *Widdershoven e.a.* 2007.

ook naar andere gebieden dan die van aanbestedingsrecht geëxtrapoleerd kunnen worden.

De vraag is echter waarheen die extrapolatie dan mogelijk zou zijn. Ook Widdershoven e.a. geven aan dat dit nog niet duidelijk is. Volgens hen is het niet aannemelijk dat overal waar het gelijkheidsbeginsel in beeld komt alle uit het transparantiebeginsel voortvloeiende vereisten inclusief de positieve verplichtingen tot openbaarmaking, zouden moeten gelden. Het transparantiebeginsel en de daaruit voortvloeiende vereisten kunnen volgens Widdershoven e.a. in ieder geval wel opgaan voor objectieve verdelingsmechanismen, waarbij aanvragen met elkaar worden vergeleken en enkel één of een beperkt aantal van die aanvragen gehonoreerd kan worden. In deze paragraaf zal ingegaan worden op de vraag of een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen in de Awb wenselijk is.

Ten slotte wordt voor het bepalen van de reikwijdte van het transparantiebeginsel erop gewezen dat het begrip 'aangebestede dienst' ruimer is dan het begrip 'bestuursorgaan'. Het begrip 'bestuursorgaan' is een van de kernbegrippen uit de Awb die de werkingsfeer van de Awb bepaalt. Indien het transparantiebeginsel zou worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zou dit de werking van het transparantiebeginsel dus uitbreiden naar het algemeen bestuursrecht. Daarnaast zal een aanvullende regeling in de Aanbestedingswet echter nodig blijven. Hetzelfde geldt voor privaatrechtelijke vergunningen. Van Ommeren verwijst in zijn oratie naar privaatrechtelijke vergunningen, zoals de veiling van gebruiksrechten op benzinstations bij erfpachtovereenkomst en de uitgifte van bouw kavels door gemeenten.<sup>77</sup> Via de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb<sup>78</sup> en artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder dus het transparantiebeginsel, ook in het privaatrecht een rol spelen.

#### 4.3 Toegevoegde waarde

Indien de werking van het transparantiebeginsel geëxtrapoleerd zou worden naar het Nederlands bestuursrecht rijst allereerst de vraag wat de toegevoegde waarde zou zijn van dit transparantiebeginsel naast de al bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in het kader van het Europese transparantiebeginsel is hierover gediscussieerd. De vraag werd gesteld of het transparantiebeginsel rechtstreeks (en zelfstandig) voortvloeit uit het EG-Verdrag of dat het afhankelijk is van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. Deze vraag wordt veroorzaakt, doordat het HvJ EG geen consequente terminologie voor het transparantiebeginsel hanteert: soms wordt gesproken over een 'transparantiebeginsel', soms over een 'transparantieplichting' en soms weer anders. Dit maakt een en ander niet duidelijker. Een arrest dat dit probleem treffend illustreert, is het Wienstrom-arrest. Hierin wordt eerst gesteld dat 'het beginsel van gelijke behandeling tot transparantie [verplicht]', zodat de aanbestedingsprocedures op

77 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen; de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 61.

78 Dit artikel bepaalt dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

met name onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>79</sup> Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat sprake is van een afhankelijk criterium. Vervolgens wordt echter gesteld dat een procedure in overeenstemming moet zijn met 'zowel het beginsel van gelijke behandeling (...) als met het transparantiebeginsel'.<sup>80</sup> Hieruit lijken wel weer twee zelfstandige beginselen voort te vloeien. In het dictum wordt ten slotte weer gesproken over 'de vereisten van gelijke behandeling en transparantie van de procedures'.

In het *Succhi di Frutta*-arrest wordt gesteld: 'Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers (...). Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, (...)'. Het transparantiebeginsel als 'corollarium' van het beginsel van gelijke behandeling.<sup>81</sup> Kan het transparantiebeginsel dan wel worden aangemerkt als een zelfstandig beginsel? In het arrest *Commissie/Italië* met zaaknummer C-412/04<sup>82</sup> wordt gesproken over 'de uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie' die 'van rechtswege gelden voor deze opdrachten'. In het arrest *Commissie/Italië* met zaaknummer C-260/04 wordt zelfs gesproken over 'het algemene transparantiebeginsel'.<sup>83</sup>

Geler op het feit dat het HvJ EG meermalen stelt dat 'zowel' aan het beginsel van gelijke behandeling 'als' het transparantiebeginsel voldaan moet worden en het recentelijk (2007) zelfs heeft gesproken over 'het algemene transparantiebeginsel', lijkt sprake te zijn van een zelfstandig rechtsbeginsel.

In recentere arresten van het HvJ EG<sup>84</sup> wordt echter benadrukt dat, nu de transparantieplichting voortvloeit uit het EG-recht, bezien moet worden of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Een opdracht voor de uitvoering van werken zou een grensoverschrijdend belang kunnen vertonen wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn. Als geen sprake is van een handeling die lidstaatoverschrijdend is, zijn de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag immers niet van toepassing.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat het transparantiebeginsel een zelfstandig Europeesrechtelijk rechtsbeginsel is, in die zin dat in een Europeesrechtelijk geschil aan beide beginselen voldaan moet worden. Als geen sprake is van een grensoverschrijdend belang, is het EG-Verdrag echter niet van toepassing en dus evenmin het transparantiebeginsel.

In literatuur wordt eveneens geconcludeerd dat het transparantiebeginsel – binnen zijn Europese connotatie – een zelfstandig beginsel is. *Widdershoven e.a.*<sup>85</sup>

79 R.o. 49.

80 R.o. 56 en 92.

81 *De Van Dale* omschrijft het woord 'corollarium' als 'toevoegsel, bijvoegsel, opheldering' en als 'corollaire' oftewel 'een stelling die onmiddellijk uit het voorafgaande volgt'.

82 HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04.

83 R.o. 25 luidt als volgt: 'In de onderhavige zaak moet worden vastgesteld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding met het oog op de toewijzing van de concessies voor het beheer van de paardenwedenschappen niet in overeenstemming is met de artikelen 43 EG en 49 EG, en in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen. Immers, de hernieuwing zonder aanbesteding van de 329 oude concessies verhindert dat bedoelde concessies worden opengesteld voor de mededinging en dat de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.'

84 O.a. het *An Post*-arrest (HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, *Commissie/Ierland*), het arrest *Commissie/Italië* (zaak C-412/04) en het arrest *ASM Brescia* (HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06).

85 *Widdershoven e.a.* 2007.

stellen dat uit de jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat er weliswaar een zeer nauwe band tussen het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel bestaat, maar dat het transparantiebeginsel ook zijn eigen, specifieke betekenis lijkt te hebben. Het stelt, bijvoorbeeld, zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het bestek, die als zodanig geschonden kunnen worden zonder dat er eveneens sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. De zelfstandigheid zou ook schuilen in het feit dat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel voorafgaat – zonder transparantie is de controle op de naleving van dit beginsel niet mogelijk. Ten derde kan uit de zaak *Succhi di Frutta* worden afgeleid dat het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling dient: '[H]et beginsel van doorzichtigheid (...) heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.' Ook Prechal en De Leeuw<sup>86</sup> concluderen om dezelfde redenen hetzelfde. Ook het feit dat in de aanbestedingsrichtlijnen het transparantiebeginsel naast het gelijkheidsbeginsel is gecodificeerd is een aanwijzing.<sup>87</sup>

Indien geconcludeerd wordt dat het Europese transparantiebeginsel begrensd wordt tot grensoverschrijdende belangen, is een vervolgvraag of dit ook wenselijk is. Dit zou tot gevolg hebben dat in geval van een gunning zonder aanbestedingsprocedure eerst onderzocht zou moeten worden of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Indien een Duitse onderneming zou klagen, zal het grensoverschrijdend belang wel snel gegeven zijn, maar anders zal een marktanalyse nodig zijn om deze vraag te beantwoorden. Belangrijker is echter het volgende. Als men het transparantiebeginsel beschouwt als een principieel beginsel waaraan overheidshandelen moet voldoen, is het dan aanvaardbaar dat dit alleen voor grensoverschrijdende gevallen geldt?<sup>88</sup> Mag een bestuursorgaan 'ontransparant' handelen, enkel en alleen omdat er enkel Nederlandse ondernemingen geïnteresseerd zijn en er dus geen grensoverschrijdend belang is?<sup>89</sup> Als dit onwenselijk wordt gevonden, zou wellicht de tijd rijp zijn voor een Nederlands transparantiebeginsel.

Uit het voorgaande blijkt dus dat er meer aanknopingspunten zijn die erop wijzen dat het transparantiebeginsel zijn eigen, specifieke betekenis heeft naast het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast is naar nationaal

86 Prechal en De Leeuw 2008, p. 230-231, Prechal en De Leeuw 2007, p. 51-61, alsmede Prechal, 'De emancipatie van "het algemene transparantiebeginsel"', SEW 2008/9, p. 316-322.

87 Zie eveneens Prechal en De Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *Review of European Law*, 2007/1, p. 51-61.

88 In het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn heeft B. Hessel een vergelijkbare suggestie gedaan voor de harmonisatie voor zuiver interne gevallen. Hij overwoog: 'Het ligt voor de hand dat aanpassingen van de algemene regels voor vergunningen aan de Dienstenrichtlijn zich ook zullen uitstrekken tot Nederlandse dienstverleners die tot nu toe op grond van een zuiver interne situatie geen beroep kunnen doen op de regels van het vrij verkeer. Afgezien van wettelijke technische problemen zou het economisch gezien uiteraard bijzonder onverstandig zijn wanneer de Nederlandse centrale en decentrale wetgevers zwaardere, minder transparante eisen en ingewikkelder procedures blijven hanteren voor "eigen" dienstverleners. Daarnaast acht ik de harmonisatie juridisch gezien onontkoombaar. In het bestaande systeem van de vier vrijheden kan in een concreet geval blijken dat een onderdaan uit een andere lidstaat, na een rechterlijk oordeel over verbod, noodzakelijkheid en proportionaliteit, beter af blijkt te zijn dan de eigen onderdanen. Dan kan de omgekeerde discriminatie aan het licht treden, die in concreto kan worden weggemasseerd door toepassing van het nationale gelijkheidsbeginsel.' (B. Hessel, *Gemeenten en de dienstenrichtlijn (1)*, *Gstern* 2007, 28, p. 113-125).

89 Zie in deze zin eveneens J.W.A. Bergevoet, *De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd*, NTER 2008/4, p. 113-118.

recht nog van belang dat het gelijkheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel niet zijn gecodificeerd in de Awb, maar het ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur zijn. Door codificatie van het transparantiebeginsel zou dan ook geen overlap ontstaan, maar is zelfs verdedigbaar dat, door de samenhang tussen de beginselen, alle drie de beginselen versterkt zouden kunnen worden.<sup>90</sup>

Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Nadat het besluit is genomen, zal gemotiveerd moeten worden waarom gekozen is voor deze aanvrager en de aanvragen van andere aanvragers werden geweigerd. Het motiveringsbeginsel is gecodificeerd in artikel 3:46 Awb. Gelet op het feit dat het motiveringsbeginsel slechts een van de onderdelen is van het transparantiebeginsel, sluiten de beginselen elkaar niet uit en heeft het transparantiebeginsel een toegevoegde waarde.

Ook het zorgvuldigheidsbeginsel zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb heeft een (kleine) overlap met het transparantiebeginsel. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel moet het bestuursorgaan de nodige kennis vergaren omtrent het te nemen besluit. Op grond van het transparantiebeginsel zal een bestuursorgaan eveneens kennis moeten vergaren over bijvoorbeeld de te stellen eisen en de passende mate van openbaarheid. Er zijn echter ook grote verschillen. Zo kan het bestuursorgaan tijdens de verdelingsprocedure niet meer om aanvullende informatie van de diverse aanvragers vragen, omdat hierdoor een verschil in behandeling tussen de aanvragers ontstaat. Dit zou in strijd zijn met het transparantiebeginsel, terwijl dit op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel juist te prefereren lijkt. Door erkenning van het transparantiebeginsel kan dit onderscheid eenvoudig worden gehanteerd.

In zowel de toelichting op het conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet als de Dienstenrichtlijn wordt ingegaan op de relatie tussen het transparantiebeginsel en (andere) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet wordt gesteld dat 'er aangrijpingspunten voor de algemene gelding van de beginselen gevonden (kunnen) worden in een parallelle toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur'. Deze zin is cryptisch. Zou hiermee bedoeld worden dat de wetgever van mening is dat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat het transparantiebeginsel een algemene gelding heeft in Nederland? Als dat het geval zou zijn, ligt erkenning van het beginsel voor de hand en is zelfs codificatie in de Awb een reële mogelijkheid. Uit de memorie van toelichting bij de Dienstenwet zou daarnaast kunnen worden afgeleid dat het transparantiebeginsel overeenkomt met de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. Ook dit wordt echter door de wetgever niet nader toegelicht.

<sup>90</sup> Zie tevens PG Awb I, p. 15-38 waarin wordt ingegaan op de doelstellingen van de Awb. In de MvI is aangegeven dat een van de doelstelling van de Awb is het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend. Gesteld wordt: 'In deze eerste tranche van de Awb vindt nog geen codificatie van alle uit de jurisprudentie bekende algemene beginselen van behoorlijk bestuur plaats. Zo zijn nog geen bepalingen opgenomen ter uitwerking van het vertrouwensbeginsel. Dit hangt direct samen met de hierna te bespreken keuze voor "aanbouwwetgeving": niet alle delen van de wet komen regelmatig tot stand. Overigens wordt met het in de wet opnemen van de in de rechtspraak ontwikkelde regels niet beoogd een verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht af te snijden. Het gaat erom, de verworvenheden van de jurisprudentie in de wet neer te leggen vanwege de voordelen die dit heeft uit de gezichtspunten kenbaarheid, eenheid en systematiek van het recht.' Inmiddels heeft de Awb vier tranches gehad, maar zijn de overige beginselen nog niet gecodificeerd.

Ook Van Ommeren<sup>91</sup> en Widdershoven e.a.<sup>92</sup> stellen dat het transparantiebeginsel niet in de Awb is gecodificeerd, maar dat aspecten van het beginsel geheel of ten dele worden bestreken door bestaande beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van objectiviteit van het bestuur (art. 2:4 lid 1 Awb), het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van fair play.

De vraag is of het erg is dat het transparantiebeginsel een overlap heeft met 'gevestigde' beginselen. Ook bij deze andere beginselen is het niet altijd even eenvoudig scheidslijnen te trekken. Een besluit is regelmatig zowel in strijd met het motiveringsbeginsel als het zorgvuldigheidsbeginsel, maar dat maakt een van deze beginselen nog niet overbodig. Met Prechal ben ik van mening dat sommige aspecten van het transparantiebeginsel verder gaan dan bestaande rechtsbeginselen. Daarnaast kan het de onderlinge samenhang tussen de verschillende elementen van bestaande beginselen 'beter articuleren en als zodanig voor een nieuw – geïntegreerd – perspectief zorgen dat, op zijn beurt, een eigen dynamiek kan ontwikkelen'.<sup>93</sup>

Codificatie van het transparantiebeginsel zou volgens Widdershoven e.a. overwogen kunnen worden voor de duidelijkheid, zodat de bestaande beginselen niet als vehikel voor transparantievereisten hoeven te fungeren. Door erkenning van het transparantiebeginsel (zonder codificatie in de Awb) in jurisprudentie wordt echter hetzelfde effect bereikt en hoeven bestaande beginselen niet als vehikel voor transparantievereisten te fungeren. Een deel van de overlappende beginselen is immers evenmin in de Awb gecodificeerd. De reden om toch tot codificatie over te gaan, zou dan zijn gelegen in het beter kunnen articuleren van het beginsel en de samenhang tussen de beginselen. Hierbij speelt mijns inziens echter wel een kip-eiproblematiek: moet het transparantiebeginsel gecodificeerd worden om 'gearticuleerd' te worden of moet een beginsel eerst tot bloei komen en daarna pas gecodificeerd worden? Het klinkt aantrekkelijk om het beginsel te codificeren om het vervolgens een eigen dynamiek te laten ontwikkelen. Ik vraag me echter af of hiermee tegelijk niet veel rechtsonzekerheid ontstaat. Uiteraard kan in de toelichting bij het artikel verwezen worden naar de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie van het HvJ EG. De verdere uitwerking zou dan aan de bestuursrechter kunnen worden overgelaten. Ik ben er echter geen voorstander van om iets in een wet te zetten en vervolgens af te wachten wat er in de toekomst gebeurt. Het articuleren van een nog niet duidelijk vastomlijnd beginsel is dan onwenselijk. Prechal en De Leeuw omschrijven het transparantiebeginsel in brede zin als een *umbrella* notion dat nog niet vergeleken kan worden met een rechtsbeginsel als bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>94</sup> Hoewel alle beginselen wel een bepaald open einde hebben, is het transparantiebeginsel ook volgens hen nu nog te vaag. Ook zij kijken echter vervolgens naar het beginsel in specifieke contexten en constateren dat deze 'subprincipes' op termijn kunnen uitgroeien tot een overkoepelend beginsel.

91 Van Ommeren 2004.

92 Widdershoven e.a. 2007.

93 Prechal 2008.

94 Prechal en De Leeuw 2008, p. 238.

Nu de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk is, is het naar mijn mening nog te vroeg om over te gaan tot codificatie van het transparantiebeginsel in afdeling 3.2 Awb. In plaats daarvan zou het beginsel eerst moeten én kunnen gaan functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Het beginsel kan namelijk wel een toegevoegde waarde hebben voor het bestuursrecht. Het beginsel heeft weliswaar een overlap met bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, maar plaatst deze bestaande beginselen wel in een geheel andere context door de andere doelstelling. Door de bestaande beginselen in deze context te bundelen en te articuleren als het transparantiebeginsel wordt een toegevoegde waarde gecreëerd.

#### 4.4 Codificatie van het transparantiebeginsel

In paragraaf 3.2 is al ingegaan op het conceptwetsvoorstel voor een Aanbestedingswet dat ter consultatie openbaar is gemaakt. In dit conceptwetsvoorstel wordt het transparantiebeginsel gecodificeerd. Met het conceptwetsvoorstel wordt beoogd uitsluitend de jurisprudentie van het HvJ EG vast te leggen, waarbij het transparantiebeginsel niet ruimer wordt geïmplementeerd dan strikt noodzakelijk is. Het transparantiebeginsel blijft beperkt tot diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang, om onevenredig hoge lasten voor de aanbestedende dienst te voorkomen. Hiervoor heb ik reeds betoogd dat hier kanttekeningen bij zijn te plaatsen. Daarnaast is hiervoor al ingegaan op de Dienstenwet. In de Dienstenwet wordt het transparantiebeginsel niet geïmplementeerd. Het is jammer dat met het huidige wetsvoorstel onduidelijk blijft wat onder transparantie in de zin van de Dienstenrichtlijn volgens de wetgever moet worden verstaan.

Er bestaat – voor zover mij bekend – geen voornemen om het transparantiebeginsel te codificeren in de Awb. In 2006 heeft de derde evaluatie van de Awb plaatsgevonden. Een van de evaluatierapporten gaat ook in op het transparantiebeginsel<sup>95</sup> en noemt drie mogelijkheden om het transparantiebeginsel te codificeren, namelijk (1) codificatie in afdeling 3.2 Awb, (2) aanpassing van titel 4.3 Awb (beleidsregels) en (3) aanvulling van de Awb met een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen. Op deze drie mogelijkheden tot wijziging van de Awb wordt hierna nader ingegaan.

##### *Codificatie in afdeling 3.2 Awb*

Het evaluatierapport bevat de volgende aanbeveling: 'Transparantiebeginsel: om de samenhang tussen de diverse aspecten van het beginsel te 'articuleren', zou dit beginsel een plaats kunnen krijgen in afdeling 3.2 Awb. (...)'

Hiervoor heb ik al toegelicht dat ik er geen voorstander van ben om nu reeds het transparantiebeginsel te codificeren in de Awb. De omvang van het beginsel is daarvoor nog onvoldoende duidelijk. In plaats daarvan zou het beginsel eerst kunnen gaan functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur.

Indien desalniettemin overwogen zou worden over te gaan tot codificatie van het beginsel, is de vraag hoe het transparantiebeginsel in de Awb gecodificeerd

<sup>95</sup> Widdershoven e.a. 2007, p. 85 e.v.

zou kunnen worden. In aansluiting op artikel 14 van het conceptwetsvoorstel Aanbestedingswet zou gekozen kunnen worden voor het volgende artikel: 'Een bestuursorgaan handelt transparant.' Het zou dan vervolgens aan de rechtspraak overgelaten kunnen worden om dit artikel te concretiseren.

Een alternatief is om elementen van het transparantiebeginsel te codificeren. Daarop zal hierna worden ingegaan.

Het Europese transparantiebeginsel kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', 'uitvoering' en 'afsluiting' van de procedure. Indien bepaalde elementen van het beginsel wél voldoende concreet zouden zijn, dan zouden deze elementen wellicht wel voor codificatie in aanmerking kunnen komen.

In het kader van de 'opening van de procedure' rust op het bestuursorgaan een kennisgevingsverplichting. De huidige jurisprudentie van het HvJ EG zoals beschreven in paragraaf 2.2 heeft alleen betrekking op situaties van schaarste waarbij de overheid iets 'aanbiedt' en daar meer gegadigden voor zijn. Codificatie in afdeling 3.2 Awb zou direct een aanzienlijke uitbreiding van de werking van het transparantiebeginsel hebben, omdat het betrekking heeft op alle besluiten. Zou dat kunnen betekenen dat een bestuursorgaan transparant zou moeten handelen bij iedere 'opening' van een procedure en daartoe bijvoorbeeld een kennisgeving zou moeten plaatsen van iedere aanvraag die wordt ingediend? Het zou de transparantie zeker vergroten als bestuursorganen een kennisgeving van alle binnengekomen aanvragen zouden plaatsen. Gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking voor decentrale overheden ook alle lokale bekendmakingen via <www.overheid.nl> zullen moeten worden gepubliceerd en diverse decentrale overheden dit nu reeds doen, is het zelfs maar de vraag of een dergelijke verplichting onevenredig belastend voor bestuursorganen zou zijn.<sup>96</sup> Een dergelijke (toch aanzienlijke) wijziging van het huidige recht zou echter beter expliciet in de Awb kunnen worden opgenomen dan door een rechter in het kader van een beroep op het (al dan niet gecodificeerde) transparantiebeginsel worden geoordeeld.

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. De criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld zullen worden, moeten van tevoren vastgelegd worden en ook openbaar gemaakt worden. Nu dit samenhangt met het voorstel om een plicht om beleidsregels vast te stellen te creëren, zal daarop hierna worden ingegaan.

De derde fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'afsluiting van de procedure'. Dit betekent dat het besluit waarbij de vergunning verleend wordt, bekendgemaakt moet worden. Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden. Dat een besluit gemotiveerd moet worden en dat daartegen rechtsbescherming openstaat, is reeds in de Awb geregeld. De Awb bevat echter geen algemene verplichting om besluiten bekend te maken. Afdeling 3.6 Awb betreft de bekendmaking en mededeling. Artikel 3:41 Awb bepaalt dat de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan deze

<sup>96</sup> Een dergelijke verplichting zal naar verwachting op 1 januari 2011 in werking treden, aldus Kamerstukken II 2008/09, 31 084 en 31 343 (R 1846), nr. 11.

geadresseerden, waaronder de aanvrager. Dit betekent dat besluiten op aanvraag in beginsel niet algemeen bekendgemaakt hoeven te worden. Niet kan worden uitgesloten dat het niet bekendmaken van een dergelijk besluit in strijd komt met het transparantiebeginsel. Indien sprake is van een schaarse vergunning, kan het verlenen van een vergunning tot gevolg hebben dat een ander deze vergunning niet meer kan verkrijgen. Indien de vergunningverlening tot stand is gekomen na een veiling, zal aan de 'verliezer' bekendgemaakt worden dat zijn vergunning wordt geweigerd en kan hij tegen dit besluit rechtsmiddelen aanwenden. Indien echter een subsidie wordt verleend waarna het subsidieplafond wordt bereikt, hoeft dit subsidieverleningsbesluit niet bekendgemaakt te worden, omdat sprake is van een besluit op aanvraag. Een andere subsidieaanvrager zal echter wellicht rechtsmiddelen tegen dit besluit willen aanwenden. Zijn aanvraag zal immers geweigerd worden, omdat het plafond is bereikt. Gelet op het feit dat het besluit niet algemeen bekendgemaakt wordt, is het de vraag of hij (tijdig) op de hoogte van het genomen besluit zal geraken. Een dergelijke beperkte bekendmaking zou in strijd met het transparantiebeginsel kunnen zijn.

#### *De uitvoering van de procedure: beleidsregels*

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. De criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld zullen worden, moeten van tevoren vastgelegd worden en ook openbaar gemaakt worden. De criteria moeten zo worden geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren. De criteria kunnen vastgelegd worden in een wettelijk voorschrift (bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening of ministeriële regeling), maar vaak zullen deze criteria worden vastgelegd in beleidsregels. Het evaluatierapport<sup>97</sup> bevat daarom de volgende aanbeveling: "Transparantiebeginsel: (...) Om titel 4.3 (beleidsregels) geschikt te maken voor de doorwerking van het beginsel, zou een verplichting om beleidsregels vast te stellen moeten kunnen worden voorgeschreven."

Hierna zal eerst ingegaan worden op deze plicht om beleidsregels vast te stellen. Vervolgens zal nog ingegaan worden op de inherente afwijkingsbevoegdheid en enkele andere bepalingen die betrekking hebben op de tweede fase.

#### *Creëren van een plicht tot het maken van beleidsregels*

Widdershoven e.a.<sup>98</sup> hebben erop gewezen dat de Awb voor bestuursorganen niet de algemene verplichting kent om bij het gebruik van hun bevoegdheden de gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken. Artikel 4:81 lid 1 Awb bevat namelijk slechts een bevoegdheid (en dus geen verplichting) om beleidsregels vast te stellen.

Indien wordt gekozen voor een beperkte reikwijdte van het transparantiebeginsel (bijvoorbeeld beperkt tot schaarse besluiten), zou het niet opstellen van beleidsregels in strijd zijn met het (geschreven of ongeschreven) transparantiebeginsel. De verplichting om beleidsregels vast te stellen, zou dan vastgelegd kunnen worden

97 Widdershoven e.a. 2007.

98 Widdershoven e.a. 2007.

in een aparte regeling voor schaarse besluiten. Op deze aparte regeling wordt hierna nog ingegaan.

De vraag kan echter gesteld worden waarom dit element beperkt zou moeten worden tot schaarse besluiten. In het voorontwerp voor de derde tranche van de Awb was eveneens voorgesteld om een verplichting op te nemen voor het vastleggen van bestendige bestuurspraktijken in beleidsregels. De wetgever heeft dit voorstel echter niet overgenomen, omdat dit zou leiden tot niet te verwaarlozen bestuurslasten. Ook zou het niet altijd even eenvoudig zijn vast te stellen of sprake is van een vaste gedragslijn.<sup>99</sup> Deze bezwaren gelden nog onverkort. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat een dergelijke plicht op korte termijn gerealiseerd zal worden. Dit is echter geen groot bezwaar, omdat de vrijheid van het bestuursorgaan zoals neergelegd in artikel 4:81 Awb al beperkt wordt door beginselen als het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur én het transparantiebeginsel. Onder omstandigheden kan het niet opstellen van beleidsregels namelijk in strijd zijn met deze beginselen.<sup>100</sup>

#### *Inherente afwijkingsbevoegdheid*

Naast het van tevoren vastleggen van de criteria is er een tweede element dat voortvloeit uit het transparantiebeginsel. Dit tweede element is dat de eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) gedurende de procedure niet meer gewijzigd mogen worden. Dit element staat evident op gespannen voet met de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Dit artikel bepaalt immers dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel moet handelen, tenzij dit voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Op grond van het transparantiebeginsel mag niet afgeweken worden van de beleidsregels, zelfs niet in geval van bijzondere omstandigheden. Van belang is dat de inherente afwijkingsbevoegdheid wettelijk is verankerd. Dit betekent dat als sprake is van dergelijke bijzondere omstandigheden, afgeweken zou moeten worden van de beleidsregels, zelfs als dit in strijd zou zijn met het (ongeschreven) transparantiebeginsel. Om deze reden zou in een aparte regeling voor schaarse besluiten (waarop hierna nog wordt ingegaan) een uitzondering gemaakt moeten worden op artikel 4:84 Awb. Het afschaffen van de inherente afwijkingsbevoegdheid voor alle besluiten lijkt mij ongewenst, omdat er ook situaties zijn waarin het handelen overeenkomstig de beleidsregel onevenredige gevolgen zou hebben én er geen derden geschaad worden door de afwijking van de beleidsregel.

<sup>99</sup> PG Awb III, p. 276-289.

<sup>100</sup> Dit speelt met name bij handhaving. Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en doordacht bestuursbeleid. Indien geen handhavingsbeleid wordt opgesteld, kan handhavend optreden tegen één overtreder in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Zie o.a. ABRvS 19 oktober 2005, zaaknummer 200501505 waarin de ABRvS oordeelde: 'Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen.' Zie eveneens ABRvS 11 juni 2008, AB 2008/228 en ABRvS 10 juni 2009, zaaknummer 200807603.

#### Overige aspecten van de tweede fase

Verder is van belang dat uit de tweede fase van het transparantiebeginsel nog voortvloeit dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden. De termijn voor het indienen van alle aanvragen moet immers gelijk zijn. Op grond van artikel 4:5 Awb moet de aanvrager in de gelegenheid worden gesteld de aanvraag aan te vullen voordat het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen. Op grond van het transparantiebeginsel mag het bestuursorgaan niet om een dergelijke aanvulling verzoeken. Dit heeft tot gevolg dat het bestuursorgaan de aanvraag inhoudelijk zal moeten beoordelen. Dat oordeel zal vervolgens inhouden dat niet voldaan is aan de in de beleidsregel gestelde criteria, omdat de aanvraag onvolledig was.

In aanbestedingsrechtelijke procedures wordt in de offerteaanvraag vaak opgenomen dat potentiële inschrijvers voor een bepaalde termijn vragen kunnen stellen over de offerteaanvraag. De antwoorden op deze vragen worden vervolgens gebundeld in een 'Nota van Inlichtingen'. Deze nota wordt weer algemeen bekendgemaakt, zodat alle partijen nog altijd over dezelfde informatie beschikken. Op basis van deze aanvullende informatie kan vervolgens worden ingeschreven. Door deze mogelijkheid is er in beginsel ook geen noodzaak om inschrijvers nog in de gelegenheid te stellen hun aanvraag aan te vullen (conform art. 4:5 Awb).

Widdershoven e.a.<sup>101</sup> merken nog op dat de aanvraagprocedures van de Awb in meer algemene zin nadere doordenking behoeven. Op grond van de Awb staat voorop dat het bestuur binnen een bepaalde termijn moet beslissen over een individuele aanvraag tot vergunning. De regeling houdt geen rekening met de mogelijkheid dat besluiten worden verleend na een veiling of een ander vergunningverdelingssysteem. Op deze verdelingssystemen wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Ten slotte is in dit kader ook nog van belang dat nadat een besluit is verleend de mogelijkheden om dit besluit te wijzigen, beperkt zijn. Dit volgt uit onder andere het arrest *Pressetext*.<sup>102</sup> Het HvJ EG heeft geoordeeld dat, met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, wijzigingen van een overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht vormen. Dit is het geval als er wezenlijke verschillen zijn met de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst. Daaruit blijkt namelijk de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Er is in ieder geval sprake van een wezenlijke wijziging wanneer er voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere partijen, of tot de gunning aan een andere partij. Ook is sprake van een wezenlijke wijziging als door de wijziging de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Ook wanneer de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld, is sprake van een wezenlijke wijziging. In het Nederlands bestuursrecht wordt er in het algemeen van uitgegaan dat een bestuursorgaan bevoegd moet worden geacht een eerder genomen besluit dat naar

<sup>101</sup> Widdershoven e.a. 2007.

<sup>102</sup> HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, BR 2009/80.

zijn opvatting onjuist moet worden geacht, alsnog in te trekken of te wijzigen.<sup>103</sup> Het transparantiebeginsel beperkt deze wijzigingsbevoegdheid.

#### Aanvulling Awb met een verdelingsregeling voor schaarse besluiten

In het evaluatierapport is in het kader van de economisering van het algemeen bestuursrecht geconcludeerd:

'Voor steeds meer vergunningen wordt erkend dat de verdeling ervan niet altijd kan plaatsvinden door middel van het systeem van *first come, first served*, waarvan de Awb impliciet uitgaat, maar dat de toekenning van vergunningen een vergelijking tussen meer aanvragers vergt. Daarbij worden diverse verdelingssystemen gehanteerd (aanbesteding, veiling, vergelijkende toets). Deze systemen vergen op onderdelen andere regels dan thans in de Awb staan. Voor de toekenning vloeien deze regels voort uit het transparantiebeginsel. Bovendien kunnen voor de toepassing van deze systemen wijzigingen in de rechtsbescherming nodig zijn. Mogelijke aanpassingen kunnen vooralsnog worden getroffen in de bijzondere wetgeving. Worden de verdelingssystemen op grotere schaal toegepast, dan ligt aanvulling van de Awb in de rede.'<sup>104</sup>

Hierna wordt ingegaan op deze vraag of aanvulling van de Awb nu in de rede ligt.

#### Schaarste

De Dienstenrichtlijn bevat een regeling voor de verdeling van schaarse vergunningen. De Dienstenrichtlijn heeft echter een zeer beperkte definitie van het begrip 'schaarse vergunning'. Hiervan is uitsluitend sprake als 'het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. In het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn is geconcludeerd dat er in Nederland nauwelijks schaarse vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn zijn.<sup>105</sup> De vraag is echter waarom de waarborgen van het transparantiebeginsel uitsluitend van toepassing zouden zijn in deze beperkte omstandigheden. Het transparantiebeginsel is immers ook al van toepassing op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Naar mijn mening zou doorslaggevend moeten zijn dat sprake is van schaarste en daarvan is sprake indien het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is, ongeacht de oorzaak van deze schaarste. In dit preadvies sluit ik dan ook aan bij de volgende omschrijving die Van Ommeren heeft gegeven aan het begrip 'schaarse vergunning':

'Wat moet onder een schaarse vergunning worden verstaan? Een vergunning is schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen. Kenmerkend voor schaarse vergunningen is dat er een vergunningenplafond geldt. Met andere woorden: er is een maximaal aantal te verlenen vergunningen vastgesteld.'<sup>106</sup>

<sup>103</sup> CRvB 12 juni 2001, JB 2001/198. Vgl. ook art. 6:18 Awb.

<sup>104</sup> Widdershoven e.a. 2007.

<sup>105</sup> Een voorbeeld van een schaarse vergunning is een opslagvergunning op grond van de Mijnbouwwet (aldus Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 112). Andere voorbeelden zijn een parkeervergunning of een vergunning voor de organisatie van de gemeentelijke warenmarkt, aldus S. te Hofsté in Dienstenrichtlijn: screening van de gemeentelijke bouwregelgeving, BR 2009/55.

<sup>106</sup> Van Ommeren 2004, p. 2.

Van Ommeren hanteert ook een ruime interpretatie van het begrip 'vergunning', namelijk iedere 'toestemming' die door een bestuursorgaan wordt verleend (of te wel een uitzondering op een gebod of verbod), zoals een ontheffing, vrijstelling, concessie of vergunning in enge zin.

Het is echter de vraag of altijd sprake moet zijn van een 'vergunning'. Ook bij subsidies wordt schaarste gecreëerd door het vaststellen van een subsidieplafond. Bovendien wordt juist in het subsidierecht steeds vaker gekozen voor een systeem van tendering. Om deze reden zou dan ook gesproken kunnen worden van 'schaarse besluiten'. Dit past ook beter in het systeem van de Awb, dat uitgaat van het begrip 'besluit'. Bij een schaars besluit zal waarschijnlijk altijd sprake zijn van een begunstigend besluit. Het is moeilijk voor te stellen dat voor belastende besluiten partijen in competitie willen meedingen. In een dergelijk geval zal er dan ook geen sprake zijn van een situatie van schaarste. Gelet op het voorgaande zou gekozen kunnen worden voor de volgende begripsomschrijving: 'Onder schaars besluit wordt verstaan: een besluit dat door een bestuursorgaan wordt verleend in een situatie waarbij het aantal beschikbare besluiten beperkt is door schaarste.'

#### Soorten procedures

Van Ommeren<sup>107</sup> omschrijft dat bij verlening van schaarse besluiten sprake kan zijn van vijf soorten procedures namelijk:

- a. Verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst.

Hierbij is sprake van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt' (of in het Engels van *first come, first served*). De verlening van parkeervergunningen is een voorbeeld van een dergelijke vergunningverlening. Ook de reguliere subsidieverlening gaat uit van dit systeem. Bij subsidieverlening lijkt dit het meest gehanteerde verdelingssysteem te zijn. Uit de memorie van toelichting bij de Derde tranche Awb kan echter worden afgeleid dat dit vaak wel het meest eenvoudige, maar niet het meest aantrekkelijke systeem is en dat een vergelijkende toets vaak de voorkeur verdient.<sup>108</sup>

- b. Loting.

Een voorbeeld hiervan is het selecteren van studenten voor bepaalde opleidingen in het hoger onderwijs.<sup>109</sup> Ook is het mogelijk dat onder omstandigheden (telefoon)nummers door OPTA worden toegekend door middel van het lot.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.

<sup>108</sup> 'Indien de omvang van het voor verstrekking van subsidies beschikbare bedrag wordt beperkt, zal geregeld moeten worden hoe de beschikbare gelden over de in beginsel voor honorering in aanmerking komende aanvragen worden verdeeld. Daarvoor zijn verschillende systemen denkbaar. Het meest eenvoudig is 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Nu het tijdstip van indiening van de aanvraag vaak min of meer toevallig is, is dat niet het meest aantrekkelijke systeem. In sommige gevallen zal het echter, gelet op het grote aantal aanvragen en de noodzakelijkerwijs in de tijd gespreide indiening daarvan, het enige praktisch hanteerbare systeem zijn. Vaak ligt het meer voor de hand te bepalen, dat de aanvragen voor een bepaald tijdvak voor een bepaalde datum moeten worden ingediend, zodat vervolgens op grond van kwalitatieve criteria een selectie kan worden gemaakt. De criteria voor die selectie kunnen worden neergelegd in het wettelijk voorschrift zelf, maar ook in een op grond daarvan vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft (wel te onderscheiden van een soms ook als plan of programma aangeduid besluit waarin de na toetsing aan de criteria genomen beslissingen op de aanvragen zijn neergelegd; zo'n besluit is in wezen een bundel beschikkingen).' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48-49).

<sup>109</sup> Art. 7:57a e.v. Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

<sup>110</sup> Art. 4.2 lid 6 Tw.

- c. *Vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod.*  
De vergelijkende toets wordt ook wel aangeduid als 'tenderprocedure', 'beauty contest' of 'aanbesteding'. Een voorbeeld hiervan is de verlening van frequentievergunningen op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) en de toekenning van emissierechten op grond van de Wet milieubeheer (Wm).
- d. *Veiling.*  
De hiervoor al genoemde frequentievergunningen op grond van de Tw kunnen ook door middel van een veiling worden verleend.
- e. *Aanbesteding.*  
In dit preadvies is al uitgebreid ingegaan op de aanbestedingsprocedure. Een voorbeeld van een aanbestedingsprocedure die leidt tot een besluit in de zin van de Awb is de verlening van een concessie op grond van de Wp2000.

Indien de verschillende procedures worden vergeleken, dan valt op dat in alle gevallen sprake is van een beperkt aantal te nemen besluiten. Er is dus sprake van een plafond. Artikel 4:22 Awb bevat een omschrijving van het begrip 'subsidieplafond'. Voor het plafond aan het aantal te verlenen besluiten zou een vergelijkbare omschrijving kunnen worden gekozen: 'Onder plafond wordt verstaan: het aantal besluiten dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is krachtens een bepaald wettelijk voorschrift.'

Ook andere bepalingen over het subsidieplafond (afdeling 4.2.2 Awb) zijn voor het plafond relevant. Artikel 4:25 lid 1 Awb bepaalt dat een subsidieplafond slechts bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden vastgesteld. Artikel 4:26 Awb bepaalt dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en dat bij de bekendmaking van het subsidieplafond de wijze van verdeling wordt vermeld. Op grond van het transparantiebeginsel zullen zowel het plafond als de verdelingswijze voorafgaand aan de verdelingsprocedure moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt. Zie in deze zin ook artikel 4:27 lid 1 Awb dat als volgt luidt: 'Het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld.'

Indien wordt gekozen voor de procedures genoemd onder b t/m e zullen selectiecriteria worden vastgesteld. In geval van c t/m e zullen niet alleen selectiecriteria, maar ook gunningcriteria worden vastgesteld. Bij al deze procedures is het transparantiebeginsel van belang. Voorafgaand aan de procedure zullen zowel de selectie- als gunningcriteria vastgelegd moeten worden in een reglement.

#### Tussenbeslissingen

In alle hiervoor genoemde verdelingsprocedures worden meer (tussen)beslissingen genomen. Van Ommeren onderscheidt de volgende vijf beslismomenten: (1) plafond en procedurebeslissing; (2) uitvoeringsregels: de reglementen; (3) toelating/selectie; (4) toekenning/gunning; en (5) verlening.<sup>111</sup>

Deze (tussen)beslissingen kunnen voor één of meer belanghebbenden beslissend zijn. Indien een aanvrager niet wordt geselecteerd (fase 3), zal deze niet meer voor verlening (fase 5) in aanmerking komen. Indien de aanvrager meent dat hij ten onrechte wordt uitgesloten, is het de vraag of een dergelijke tussenbeslissing

<sup>111</sup> Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.

appellabel is. In het bijzonder is het de vraag of dergelijke beslissingen voorbereidingshandelingen zijn in de zin van artikel 6:3 Awb of dat deze tussenbeslissingen openstaan voor bezwaar en beroep.

Deze vraag is voor de uitleg van het transparantiebeginsel strikt genomen niet relevant. Indien er echter voor wordt gekozen om, gelet op het transparantiebeginsel, een regeling voor schaarse vergunningen op te nemen in de Awb, dan komt deze vraag wel aan de orde. Om deze reden ga ik hier toch kort op dit onderwerp in.

Van Ommeren merkt zowel het vaststellen van het plafond als de procedurebeslissing (waarbij de te volgen verdelingsprocedure wordt gekozen) (fase 1) aan als een concreterend besluit van algemene strekking.<sup>112</sup> Dit betekent dat een belanghebbende bezwaar en beroep kan instellen.

De uitvoeringsreglementen (fase 2) zijn besluiten van algemene strekking die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn en daarom algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Deze reglementen zijn daarom niet appellabel.

Het selectiebesluit (fase 3) is een beschikking. Het is echter de vraag of dit besluit een voorbereidingsbesluit is dat op grond van artikel 6:3 Awb niet zelfstandig appellabel is. Artikel 6:3 Awb bepaalt dat een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Een selectiebesluit is wel een voorbereidend besluit, maar verdedigbaar is dat het niet een procedurebeslissing is. Bij een dergelijk strikte toepassing van artikel 6:3 Awb is dan ook sprake van een appellabel besluit. Een ruimere uitleg van het artikel is echter ook mogelijk. In dat geval zal een negatief besluit (uitsluiting) meestal ook appellabel zijn, omdat in dat geval degene die een negatief besluit heeft gekregen rechtstreeks in zijn belangen is getroffen en daarom de 'tenzij-clausule' van toepassing is.

Ook het gunningbesluit (fase 4) is een beschikking. Soms worden het gunningbesluit en verleningsbesluit (fase 5) tegelijk genomen, maar dit hoeft niet het geval te zijn. In het aanbestedingsrecht wordt eerst een gunningbesluit genomen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Dit vloeit voort uit het Alcatel-arrest<sup>113</sup> en artikel 55 Bao. Hiermee wordt gegarandeerd dat het sluiten van de overeenkomst kan worden voorkomen en niet slechts een schadevergoedingsactie rest. In het bestuursrechtelijke systeem van de Awb speelt dit probleem minder of niet. Uitgangspunt is immers dat een bestuursrechter besluiten kan vernietigen en dus ook een verleningsbesluit. Indien de besluiten niet tegelijk worden genomen, is ook hier de vraag of artikel 6:3 Awb van toepassing is. Bij een enge uitleg van het artikel weer niet. Gelet op het feit dat fase 4 en 5 elkaar meestal snel opvolgen, lijkt het niet onevenredig bezwarend om het gunningbesluit aan te merken als een niet-

<sup>112</sup> Zie echter CBB 3 juni 2009, AB 2009/374. In deze uitspraak had de gemeenteraad van Den Haag de Verordening op de kansspelen gewijzigd. Door de wijziging werd het maximumaantal te verlenen exploitatievergunningen per deelgebied gewijzigd. Uit een toelichting bleek dat mer de wijziging beoogd werd een vergunning te kunnen verlenen aan één bepaalde exploitant om een speelautomatenhal te kunnen openen. Het CBB oordeelt dat sprake is van een algemeen verbindend voorschrift waartegen geen bezwaar openstaat. Wolswinkel wijst in zijn noot erop dat een besluit tot vaststelling van een subsidieplafond wel wordt aangemerkt als een (appellabel) concreterend besluit van algemene strekking. Dit heeft tot gevolg dat een plafond in een verordening (als weigeringsgrond) niet appellabel is, terwijl een plafond in een separaat (uitvoerings) besluit wel appellabel zou zijn. Wolswinkel vraagt zich terecht af of dit een gelukkige keuze is.

<sup>113</sup> HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98.

appellabel voorbereidingsbesluit en het definitieve verleningsbesluit (fase 5) als appellabel besluit. Dit zou anders kunnen zijn indien vernietiging van het besluit in het licht van het Alcatel-arrest onvoldoende rechtsbescherming zou bieden. In dat geval zou juist het gunningbesluit appellabel moeten zijn, om verlening te kunnen voorkomen.

Uit het voorgaande volgt dat een aantal van de tussenbeslissingen appellabel is. Het is echter de vraag of dit wenselijk is. Widdershoven e.a.<sup>114</sup> benadrukken dat geleerd op het feit dat na de tussenbeslissing de vervolprocedure wordt voortgezet, het noodzakelijk is dat de rechtmatigheid van het besluit op korte termijn kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Geleerd op de zeer terughoudende toetsing van de voorzieningenrechter en bovendien het voorlopige karakter van de uitspraak in geval van een voorlopige voorziening hangende de bezwaarschriftenprocedure, zou ook de bezwaarprocedure overgeslagen moeten worden en zou direct beroep mogelijk moeten zijn. Van Ommeren is juist van mening dat een groot aantal appellabele besluiten uit een oogpunt van proceseconomie onwenselijk is. Hij stelt voor dat uitsluitend fase 1 (plafondbesluit) en fase 5 (verlening) appellabel zijn, maar de tussenliggende beslissingen niet. Ook hij erkent echter dat rechtspraak tijd kost, waardoor de gevolgen van een besluit soms niet meer terug te draaien zijn en slechts schadevergoeding rest. Op grond van het transparantiebeginsel moet de gevolgde procedure ter toetsing aan een rechter kunnen worden voorgelegd. Net als Van Ommeren vrees ik dat het appellabel maken van de diverse tussenbeslissingen het proces niet ten goede komt. Zo is het mogelijk dat een bestuursorgaan 'zekerheidshalve' het gehele verleningsproces stilletje totdat er een rechterlijke uitspraak is over de rechtmatigheid van een tussenbeslissing. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat procedures jarenlang duren voordat een verleningsbesluit wordt genomen. Dit is onwenselijk. De wetgever zou er daarom voor kunnen kiezen om in de Awb op te nemen dat de tussenbeslissingen en het verleningsbesluit voor de mogelijkheid van beroep als één besluit worden aangemerkt.<sup>115</sup> Wel zou omwille van de voortgang van de procedure ervoor gekozen kunnen worden om de bezwaarprocedure over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Ook zal zo veel mogelijk van bestaande en toekomstige processuele middelen gebruikgemaakt moeten worden die de procedure versnellen, zoals het toepassen van de mogelijkheid van kortsluiting en de bestuurlijke lus.

#### Bestaande regelingen voor schaarse besluiten

Het verlenen van besluiten naar aanleiding van een veiling of andere verdelingsprocedure gebeurt nu al op beperkte schaal in Nederland. Zo is voor de verdeling van frequentievergunningen een regeling opgenomen in de Tw, worden subsidies soms verleend op basis van een 'beauty contest' en worden concessies verleend op grond van de Wp2000. Deze bestaande regelingen zouden als voorbeeld kunnen dienen voor een algemene regeling in de Awb. Op deze drie bestaande regelingen wordt daarom hierna kort ingegaan.

<sup>114</sup> Widdershoven e.a. 2007, p. 205-206.

<sup>115</sup> Vgl. art. 46 lid 6 Woningwet.

## Frequentievergunningen

Paragraaf 3.2 van de Tw bevat een regeling voor vergunningverlening voor het gebruik van frequentieruimte. Artikel 3.3 lid 4 Tw bepaalt dat de verlening van frequentievergunningen geschiedt (a) op volgorde van binnenkomst van de aanvragen; (b) door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of (c) door middel van een veiling. Deze regeling is nader uitgewerkt in het Frequentiebesluit. In dit besluit kunnen diverse bepalingen worden gevonden die voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Zo bepaalt artikel 4 dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld omtrent de indicering van de aanvraag tot vergunning en omtrent de inhoud van de aanvragen en de daarbij te overleggen gegevens. Artikel 8 bepaalt vervolgens dat bij ministeriële regeling in het kader van de behandeling van een aanvraag regels worden gesteld omtrent de wijze waarop de veiling of de vergelijkende toets plaatsvindt.<sup>116</sup> Het Frequentiebesluit is ten behoeve van meer veilingen uitgewerkt in meer ministeriële regelingen.<sup>117</sup> Zo bepaalt de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007 wanneer en waar een aanvraag kan worden ingediend<sup>118</sup>, waaraan de vorm en inhoud van de aanvraag moeten voldoen<sup>119</sup>, welke eisen aan

116 In het geval van een veiling hebben deze bedoelde regels in elk geval betrekking op: (a) de wijze waarop een bod wordt uitgebracht; (b) de eisen die aan een geldig bod worden gesteld; (c) de zekerheidstelling dat een bod gestand wordt gedaan of kosten en schade kunnen worden verhaald; (d) maatregelen ten behoeve van een ongestoord verloop van de veiling; (e) de bij veiling toe te passen methode ter vaststelling van het bod waarvan de uitbrenger in aanmerking komt voor verlening van de vergunning; (f) de eisen die gesteld worden met betrekking tot de wijze van betaling en het tijdstip waarop degene aan wie de vergunning wordt verleend deze betaling moet hebben verricht; (g) de gevallen waarin, de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder er opnieuw wordt gevild zonder dat er sprake is van een nieuwe veilingprocedure. In het geval van een vergelijkende toets hebben deze regels in elk geval betrekking op de criteria waarmee de kwaliteit van de aanvraag of de kwaliteit van de aanvrager wordt bepaald. In het geval van een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod, kunnen de regels eveneens betrekking hebben op: (a) de gevallen waarin een financieel bod wordt uitgebracht, alsmede de wijze waarop dat bod wordt uitgebracht; (b) de eisen die aan een geldig financieel bod worden gesteld; (c) de zekerheidstelling dat een financieel bod gestand wordt gedaan of kosten en schade kunnen worden verhaald; (d) de eisen die gesteld worden met betrekking tot de wijze van betaling van het financieel bod en het tijdstip waarop degene aan wie de vergunning wordt verleend deze betaling moet hebben verricht.

117 De regels voor de vergunningverdeling zijn vervolgens uitgewerkt in diverse ministeriële regelingen, namelijk het Besluit bekendmaking via de procedure veilen verdelen van twee vergunningen voor frequentieruimte t.b.v. digitale omroep, het Besluit vaststelling twee vergunningen voor digitale omroep zoals na procedure van veiling worden verleend, de Regeling aanvraag en toelating vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte, de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, de Regeling aanvraag vergunning en uitvoering vergelijkende toets DVB-T, de Regeling aanvraag vergunning voor IMT-2000, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor PAMR, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor WLL, de Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor WLL 26 GHz, de Regeling vaststelling van een maximum aan te verwerven digitale omroepfrequentieruimte, de Regeling veiling gebruiksrecht radio-frequenties voor IMT-2000, en de Regeling vervolg verdeling frequenties commerciële radio-omroep 2003.

118 Art. 4 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

119 Art. 5 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

de hoedanigheid van de aanvrager worden gesteld<sup>120</sup>, welke eisen aan de kennis en ervaring van de aanvrager worden gesteld<sup>121</sup> en wat de toetsingscriteria zijn.<sup>122</sup>

Voor een algemene regeling in de Awb zou overwogen kunnen worden in algemene zin op te nemen op welke wijzen de besluiten kunnen worden verdeeld. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:

1. Indien een plafond wordt vastgesteld, geschiedt de besluitvorming omtrent schaarse besluiten:
  - a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;
  - b. door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of
  - c. door middel van een veiling.
2. Bij algemeen verbindend voorschrift of bij beleidsregel worden de regels gesteld omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningscriteria.'

### Subsidieverlening

Ook in het subsidierecht wordt steeds vaker gebruikgemaakt van een systeem van subsidietendering. Prenen heeft recentelijk de gevolgen van aanbestedingsrechtelijke beginselen op het subsidierecht beschreven.<sup>123</sup>

Een voorbeeld van een subsidietender is de verlening van subsidies op grond van het Subsidiebesluit Ministerie van Buitenlandse Zaken. Op grond van dit besluit kan de minister subsidie verlenen totdat een subsidieplafond is bereikt. Artikel 7 bepaalt dat de minister subsidieaanvragen behandelt in volgorde van binnenkomst, tenzij de minister bij de bekendmaking van zijn beleidsregels dan wel het subsidieplafond bepaalt dat er een vergelijkende toets zal plaatsvinden.<sup>124</sup> Een van deze beleidsregels is de 'Beleidsregels en subsidieplafond Medefinancieringsstelsel II'. Op grond van deze beleidsregel vindt de verdeling van het subsidieplafond plaats aan de hand van de uitkomsten van een kwalitatieve beoordeling van de aanvragen. De maatstaven voor deze beoordeling worden in de bijlage genoemd. Die bijlage is het Subsidiebeleidskader Medefinancieringsstelsel 2011-2015 (MFS II) en bevat zowel selectie- als gunningcriteria. Na een eerste beoordeling in de eerste fase kunnen maximaal dertig aanvragers door naar de tweede fase, alwaar een verdere beoordeling zal plaatsvinden.

De beoordeling van de aanvragen vindt ambtelijk plaats. Vervolgens wordt deze ambtelijke beoordeling voorgelegd aan een externe adviescommissie. De minister neemt ten slotte een besluit op grond van de bevindingen van deze commissie. Op deze procedureregeling heeft de uitspraak van de ABRvS van 10 december

<sup>120</sup> Art. 12 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

<sup>121</sup> Art. 13 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

<sup>122</sup> Art. 15 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007.

<sup>123</sup> E.C.L. Prenen, *Subsidietendering; In de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht*, Gemeentestem 2009, 7320, p. 315 e.v.

<sup>124</sup> Art. 7 lid 3 luidt als volgt: 'In afwijking van het eerste en tweede lid kan Onze Minister bij de bekendmaking van zijn beleidsregels dan wel het subsidieplafond bepalen dat met het oog op een onderlinge afweging van aanvragen dan wel met het oog op een spreiding van uitgaven over het subsidietijdvak op aanvragen wordt beslist na een of meer bepaalde data. Daarbij kan Onze Minister bepalen dat met het oog op een verdeling van de beschikbare middelen de aanvragen die voor de aangeduide datum worden ingediend, worden gerangschikt naar bij de bekendmaking aangeduide maatstaven.'

2008<sup>125</sup> betrekking. De uitspraak is gewezen in het kader van MSF I. Uit de uitspraak blijkt dat de adviescommissie ten behoeve van de beoordeling van de aanvragen een beoordelingshandleiding had opgesteld en de aanvragen heeft beoordeeld aan de hand van die handleiding en een gestandaardiseerd beoordelingsformulier. De adviescommissie adviseerde de aanvraag van Plan Nederland af te wijzen en de minister heeft dit advies gevolgd. Plan Nederland én de minister zelf beschikken niet over een exemplaar van de beoordelingshandleiding en het beoordelingsformulier, maar wel over het beoordelings- en eindrapport. De ABRvS oordeelde dat het advies van de commissie hiermee voldoende controleerbaar was. De vergewisplicht van artikel 3:9 Awb betekende niet dat de handleiding en het formulier door de minister op juistheid gecontroleerd hoefden te worden. De handleiding en het formulier hoefden volgens de ABRvS ook niet aan Plan Nederland verstrekt te worden, omdat geen sprake was van tot het geding behorende stukken (ex art. 7:4 lid 2 Awb). De handleiding en het formulier maakten namelijk geen deel uit van het uitgebrachte advies. In de uitspraak wordt niet (expliciet) ingegaan op het transparantiebeginsel. Het is echter de vraag of de subsidieverleningsprocedure wel in overeenstemming met dit beginsel is verlopen. Op grond van het transparantiebeginsel dienen de aanvragers te kunnen beschikken over de selectie- en toetsingscriteria. Deze criteria zijn neergelegd in MSF I (en nu MSF II). Op het eerste gezicht lijkt dan ook aan deze voorwaarde voldaan te worden. Op basis van MSF I heeft de adviescommissie echter nóg een (interne) handleiding opgesteld. De aanvragers hebben van deze handleiding geen kennis kunnen nemen. Dit is toch moeilijk transparant te noemen. Wellicht had de rekst van de handleiding voor de aanvragers aanleiding kunnen zijn om hun aanvraag anders vorm te geven. Nu kan betoogd worden dat de handleiding slechts een herhaling is van de beleidsregel en dat openbaarmaking dus niet nodig is. Hier kan echter weer tegen ingebracht worden dat het transparantiebeginsel verlangt dat een besluit controleerbaar is. Zonder de handleiding was dit echter voor Plan Nederland, de minister en de rechterlijke macht niet te controleren.

In een andere uitspraak over MSF I<sup>126</sup> komt het transparantiebeginsel ook indirect naar voren. NIZA betoogde dat zij ten onrechte niet in de gelegenheid was gesteld aanvullende informatie te verstrekken. De ABRvS maakt hier terecht korte metten mee en oordeelt dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staat.

Ten slotte wijs ik nog op een tweetal uitspraken van de Rechtbank Arnhem.<sup>127</sup> In beide uitspraken waren aanvragen tot subsidieverlening geweigerd na een tender. De rechtbank overweegt allereerst dat het bestuursorgaan over een grote mate van beoordelingsvrijheid beschikt en dat de rechtbank daarom terughoudend moet toetsen. Desalniettemin worden beide beroepen gegrond verklaard, omdat het bestuursorgaan niet dan wel onvoldoende had aangegeven hoe de geweigerde aanvraag scoorde ten opzichte van de andere aanvragen. Uit de stukken bleek niet hoe de aanvragen zich tot elkaar verhielden. Daarom was het besluit niet toetsbaar en

125 ABRvS 10 december 2008, zaaknummer 200801295/1.

126 ABRvS 15 september 2009, zaaknummer 200807322/1.

127 Rb. Arnhem 20 juli 2007, LJN BB1054 en 31 januari 2008, LJN BC3256.

daarmee onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank vernietigt beide besluiten wegens strijd met artikel 7:12 Awb (motiveringsgebrek). De rechtbank had de besluiten echter ook in strijd met het transparantiebeginsel kunnen achten.

#### Wet personenvervoer 2000 (Wp2000)

Ten slotte de Wp2000. Artikel 19 e.v. bevat een regeling voor de verlening van concessies voor het verrichten van openbaar vervoer. In de wet is ook bepaald hoe de aanbesteding voor de concessieverlening geschiedt. Zo is onder meer bepaald dat er een Programma van Eisen en ook een aanbestedingsreglement moet worden opgesteld. In het Besluit personenvervoer 2000 (Bp2000) zijn aanvullende bepalingen opgenomen. Bovendien is bepaald dat een aantal artikelen uit het Bao van overeenkomstige toepassing is. Ook artikel 2 van het Bao, dat bepaalt dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen, is van overeenkomstige toepassing. Hoewel de concessieverlening wel een zeer specifieke (Europese) achtergrond heeft, blijkt hieruit dat het toepassen van aanbestedingsregels niet uitsluitend voorbehouden is aan de civiele rechter, maar dat ook de bestuursrechter in staat is dergelijke procedures te beoordelen binnen onder meer het besluitbegrip van de Awb.

#### Een regeling voor schaarse besluiten

In deze paragraaf is diverse malen opgemerkt dat sommige bepalingen van de Awb zich niet goed lijken te verenigen met de verdeling van schaarse besluiten en meer in het bijzonder met het transparantiebeginsel. In een regeling in de Awb voor de verdeling van schaarse besluiten zouden de volgende elementen kunnen worden opgenomen:

- a. Een definitie van het begrip 'schaars besluit'.  
In dit preadvies is uitgegaan van de volgende omschrijving: 'Onder schaars besluit wordt verstaan: een besluit dat door een bestuursorgaan wordt verleend in een situatie waarbij het aantal beschikbare besluiten beperkt is door schaarste.'
- b. Een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen.  
Aangesloten zou kunnen worden bij artikel 4:22 Awb met de volgende omschrijving: 'Onder plafond wordt verstaan: het aantal besluiten dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is krachtens een bepaald wettelijk voorschrift.'  
Daarnaast zou aangesloten kunnen worden bij artikel 4:27 lid 1 Awb: 'Het plafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld.'
- c. Een omschrijving van de mogelijke verdelingsprocedures, namelijk (1) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (2) loting; (3) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; (4) veiling; of (5) aanbesteding; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken.  
Hierbij zou aangesloten kunnen worden bij artikel 4:26 Awb en artikel 3.3 Tw met een volgende omschrijving:

1. Indien een plafond wordt vastgesteld, geschiedt de besluitvorming omtrent schaarse besluiten:
  - a. op volgorde van binnenkomst van de aanvragen;
  - b. door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod;
  - c. door middel van een veiling of
  - d. door middel van een aanbesteding.
2. Bij of krachtens wettelijk voorschrift worden de wijze van besluitvorming, de verdeling en de wijze van verdeling van het beschikbare bedrag bekendgemaakt. De bekendmaking geschiedt regelmatig met de vaststelling van het plafond.
3. Bij algemeen verbindend voorschrift of bij beleidsregel worden regelmatig met het vaststellen van het plafond de regels vastgesteld omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningcriteria.
4. Het bestuursorgaan wijzigt de regels omtrent de te volgen procedure en de selectie- en gunningcriteria zoals bedoeld in het vorige lid gedurende de verleningsprocedure niet. Artikel 4:84 Awb blijft buiten toepassing.

De aanvang van de verdelingsprocedure zal op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden.

Wat een passende wijze van bekendmaking is, kan niet in algemene zin gezegd worden. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. In sommige gevallen zal een bekendmaking in een lokaal huis-aan-huisblad voldoende zijn, bijvoorbeeld voor een lokale subsidieregeling, maar dit zal slechts zeer beperkt het geval zijn. Gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmakingen voor decentrale overheden (verwacht met ingang van 1 januari 2011) ook alle lokale bekendmakingen te vinden zullen zijn op internet, zal in dat geval snel sprake zijn van een passende bekendmaking. Voor de tekst van een bepaling zou ook aangesloten kunnen worden bij de regeling neergelegd in artikel 3:12 Awb. De bepaling zou dan als volgt kunnen luiden:

1. Voorafgaand aan de aanvang van de procedure geeft het bestuursorgaan in een of meer dag-, nieuws-, of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze kennis van het voornemen een verdelingsprocedure aan te vangen. Volstaan kan worden met het vermelden van de zakelijke inhoud.
  2. Indien het een besluit van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan betreft, wordt de kennisgeving in ieder geval in de Staatscourant geplaatst, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
  3. In de kennisgeving wordt vermeld:
    - a. waar en wanneer de stukken ter inzage zullen liggen;
    - b. wie in de gelegenheid worden gesteld om een aanvraag in te dienen; en
    - c. op welke wijze dit kan geschieden.
- d. Een verplichting om bij wettelijk voorschrift of beleidsregel de selectie- en gunningcriteria vast te stellen (het 'reglement').  
 Hiervoor onder (c) is hiervoor al een mogelijke omschrijving weergegeven. Voordat de verdelingsprocedure begint, zullen deze criteria vastgesteld en bekendgemaakt moeten zijn, zodat alle potentiële aanvragers hiervan kennis kunnen nemen.

- e. Een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van het 'reglement' af te wijken. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden. Hiervoor onder (c) is hiervoor al een mogelijke omschrijving weergegeven. Na het verstrijken van de aanvraagtermijn kunnen aanvragen niet meer gewijzigd of aangevuld worden en mag het bestuursorgaan ook niet vragen om aanvullende informatie. Artikel 4:5 Awb kan dan ook niet worden toegepast. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden: 'Nadat de termijn om een aanvraag in te dienen is verstreken, kan de aanvrager noch uit eigener beweging noch op verzoek van het bestuursorgaan de ingediende aanvraag wijzigen of aanvullen.'
- f. Een bepaling dat het bestuursorgaan het verleningsbesluit algemeen bekend moet maken. Voor een dergelijke bepaling zou aangesloten kunnen worden bij de algemene bekendmaking van besluiten die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht zoals neergelegd in artikel 3:42 Awb.
- g. Een bepaling dat na verlening van het besluit, het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen. Indien het bestuursorgaan dit wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden: 'Het bestuursorgaan brengt in een besluit dat is verleend na toepassing van de procedure zoals neergelegd in deze afdeling geen wezenlijke wijzigingen aan.'
- h. Een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn. In het kader van een goede procesorde is het niet wenselijk alle (tussen)beslissingen zelfstandig appellabel te laten zijn. De diverse besluiten zouden voor beroep kunnen worden aangemerkt als één besluit. Daarnaast zou wel overwogen kunnen worden de bezwaarfase over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:
1. Geen beroep kan worden ingesteld tegen een bijkomend besluit van hetzelfde bestuursorgaan waaronder in ieder geval wordt begrepen het besluit waarbij de selectie- en gunningcriteria worden vastgesteld en het besluit tot toelating van een belanghebbende tot de procedure.
  2. Beroep kan worden ingesteld tegen het besluit omtrent het vaststellen van het subsidieplafond en het besluit waarbij na het volgen van de procedure van deze afdeling wordt beslist op de aanvraag.
  3. Bijkomende besluiten als bedoeld in het eerste lid, worden voor de mogelijkheid van beroep als één besluit aangemerkt.
  4. Artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op de besluiten genoemd in het tweede lid.
  5. Het eerste tot en met het vierde lid zijn van overeenkomstige toepassing op een verzoek om voorlopige voorziening.'

#### 4.4 Tussenconclusie

Widdershoven e.a.<sup>128</sup> concludeerden in 2006 dat het inbouwen van het transparantiebeginsel in de Awb nog niet urgent was. De reden hiervoor was dat de positiefrechtelijke betekenis van het beginsel voor het bestuursrecht nog beperkt was. Dit zou echter kunnen veranderen, vooral als de bijzondere wetgever bij de verdeling van zogenoemde 'schaarse vergunningen' vaker voor andere verdelingsmechanismen dan het systeem van 'first come, first served' zou kiezen. Daarnaast zou het belang van het beginsel toenemen in verband met de implementatie van de Dienstenrichtlijn, omdat het beginsel dan voor een mogelijk grote groep (schaarse en niet-schaarse) vergunningen dwingend wordt voorgeschreven. Inmiddels zijn drie jaar verstreken en kan de vraag worden gesteld of aanpassing van de Awb nu wel nodig is.

De afgelopen jaren heeft het transparantiebeginsel zich verder ontwikkeld. Uit het voorgaande blijkt dat het transparantiebeginsel ook toegepast zou kunnen worden bij de verlening van schaarse besluiten. De ratio van het transparantiebeginsel is immers om de mededinging te vergroten en besluiten te kunnen toetsen op onpartijdigheid. Er is geen reden om dit te beperken tot het traditionele aanbestedingsrecht. Er zijn grote overeenkomsten met schaarse besluiten die worden verleend na een vergelijkende toets of veiling.

Een andere vraag is of het transparantiebeginsel ook voor alle besluiten zou moeten gelden en of codificatie in afdeling 3.2 Awb wenselijk is. Naar mijn mening is het hiervoor (nog) te vroeg. Het verdient de voorkeur dat het transparantiebeginsel zich eerst ontwikkelt als ongeschreven (maar wel zelfstandig) beginsel. Het transparantiebeginsel lijkt wel een eigen zelfstandige betekenis te hebben en toegevoegde waarde te kunnen hebben voor het bestuursrecht, maar de omvang van het beginsel is nog onvoldoende duidelijk afgebakend. Daarom zou het beginsel via jurisprudentie eerst verduidelijkt kunnen worden. Pas daarna zou tot codificatie kunnen worden overgegaan. Bepaalde elementen van het transparantiebeginsel zijn echter wel duidelijk. Deze elementen kunnen toegepast worden bij de verlening van schaarse besluiten, inclusief subsidieverlening. Deze elementen zijn soms neergelegd in bijzondere wetgeving en volgen soms impliciet uit jurisprudentie. Door het invoeren van een aparte regeling in de Awb zouden deze randvoorwaarden in één algemene regeling neergelegd kunnen worden. Hiervoor is een overzicht gegeven van de elementen die deze regeling zou kunnen bevatten.

---

<sup>128</sup> Widdershoven e.a. 2007.

## 5 Slotbeschouwing

In de inleiding van dit preadvies heb ik al aangegeven dat het transparantiebeginsel tot op heden niet wordt (h)erkend als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Binnen het aanbestedingsrecht wordt het echter wel als een van de kernbeginselen erkend. Om deze reden is in de paragrafen 2 en 3 uitvoerig ingegaan op dit aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel. Ook is gekeken naar de transparantieplichtingen die zijn opgenomen in de Dienstenrichtlijn. Daaruit bleek dat het transparantiebeginsel kan worden afgeleid uit het EG-Verdrag. Blijkens jurisprudentie kunnen de vrijheid van vestiging en diensten (art. 43 en 49 EG-Verdrag) slechts beperkt worden indien de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie op grond van nationaliteit én transparantie in acht worden genomen. Het is daarmee een uit het primaire recht voortvloeiende verplichting. Dit heeft tot gevolg dat het transparantiebeginsel moet worden aangemerkt als een fundamentele regel van het EG-Verdrag.

Het doel van het transparantiebeginsel is dat procedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het transparantiebeginsel heeft ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan wordt uitgebannen. Alle (potentiële) aanvragers moeten evenveel kans hebben. Om dit te realiseren, zal de verdelingsprocedure bekendgemaakt moeten worden. De procedure kan in drie fases worden verdeeld, namelijk de 'opening', de 'uitvoering' en de 'afsluiting' van de procedure.

Met de 'opening van de procedure' bedoel ik dat het bestuursorgaan bekend zal moeten maken dat er een verdelingsprocedure zal worden gevolgd. Aan iedere potentiële aanvrager zal de procedure op een passende wijze bekendgemaakt moeten worden. De wijze van bekendmaking zal hierop aangepast moeten worden. De bekendmaking moet ook alle relevante informatie bevatten.

Met de 'uitvoering van de procedure' bedoel ik dat een transparante (en daarmee eerlijke en onpartijdige) procedure gegarandeerd moet worden. Dit betekent dat de criteria waarop de aanvragen beoordeeld zullen worden van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden. De criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden en moeten zo zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren. Ook de termijn voor het indienen van aanvragen moet gelijk zijn, hetgeen betekent dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden.

Met de 'afsluiting van de procedure' bedoel ik allereerst het bekendmaken van het besluit waarbij de vergunning, concessie, subsidie, enzovoort verleend wordt. Na deze bekendmaking zal er rechtsbescherming tegen dit besluit moeten openstaan. Om de rechtsbescherming doeltreffend te maken, zal het besluit gemotiveerd moeten worden.

In paragraaf 4 is ingegaan op de mogelijkheden om het transparantiebeginsel toe te passen binnen het bestuursrecht. Op dit moment heeft het transparantiebeginsel nog geen algemene gelding. Er is een aantal aanknopingspunten om het beginsel wel een dergelijk algemene gelding te geven. Nu het HvJ EG het transparantiebeginsel heeft aangemerkt als een primair EG-beginsel, krijgt het beginsel een steeds ruimer toepassingsbereik. Het is niet goed verdedigbaar dat bepaalde rechtswaarborgen uitsluitend van toepassing zijn op grensoverschrijdende geschillen. In 2006 heeft de derde evaluatie van de Awb plaatsgevonden. In dit verband zijn drie mogelijkheden genoemd om het transparantiebeginsel (gedeeltelijk) te codificeren, namelijk (1) codificatie in afdeling 3.2 Awb, (2) aanpassing van titel 4.3 Awb (beleidsregels) en (3) aanvulling van de Awb met een verdelingsregeling voor schaarse vergunningen. Op deze drie mogelijkheden tot wijziging van de Awb is in paragraaf 4 ingegaan.

Het is naar mijn mening nog te vroeg om over te gaan tot codificatie van het transparantiebeginsel. Hiervoor is de omvang van het beginsel nog onvoldoende duidelijk. Het zou mijn voorkeur hebben als het beginsel eerst gaat functioneren als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Het beginsel zou namelijk wel een toegevoegde waarde hebben voor het bestuursrecht. Het beginsel heeft weliswaar een overlap met bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, maar plaatst deze bestaande beginselen wel in een geheel andere context door de andere doelstelling. Door de bestaande beginselen in deze context te bundelen en te articuleren als het transparantiebeginsel wordt er een toegevoegde waarde gecreëerd.

Nu het beginsel nog onvoldoende vastomlijnd is om tot codificatie over te gaan, zou overwogen kunnen worden om deelelementen van het transparantiebeginsel die wel duidelijk zijn wel te codificeren.

In het kader van de 'opening van de procedure' zou overwogen kunnen worden om voortaan alle aanvragen tot besluiten bekend te maken. Een dergelijke verplichting vloeit echter niet voort uit het transparantiebeginsel zoals dat volgt uit de huidige jurisprudentie van het HvJ EG. Deze jurisprudentie heeft immers alleen betrekking op situaties van schaarste waarbij de overheid iets 'aanbiedt' en daar meer gegadigden voor zijn. Indien wordt gekozen voor een algemene regeling in de Awb voor schaarse besluiten, zal daarin wel een kennisgevingsplicht van de opening van de verleningsprocedure opgenomen moeten worden.

De tweede fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'uitvoering van de procedure'. Dit betekent dat de criteria op basis waarvan aanvragen beoordeeld worden, van tevoren vastgelegd moeten worden en ook openbaar gemaakt moeten worden. De criteria kunnen vastgelegd worden in een wettelijk voorschrift, maar kunnen ook worden vastgelegd in beleidsregels. De Awb kent geen verplichting om bij het gebruik van bevoegdheden beleidsregels vast te stellen. Een dergelijke verplichting voor alle besluiten is disproportioneel, maar zou wel in een regeling voor schaarse besluiten opgenomen kunnen worden. Daarbij is ook van belang dat de vrijheid van het bestuursorgaan zoals neergelegd in artikel 4:81 Awb nu al beperkt wordt door beginselen als het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. Naast het van tevoren vastleggen van de criteria is er een tweede element dat voortvloeit uit het transparantiebeginsel. Dit tweede element is dat de eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) gedurende de procedure niet meer gewijzigd mogen worden. Dit element staat op gespannen voet met de in-

herente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Ten derde is van belang dat aanvragen na het sluiten van de termijn ook niet meer gewijzigd kunnen worden. Dit betekent dat artikel 4:5 Awb niet kan worden toegepast. Ten slotte is nog van belang dat nadat een besluit is verleend de mogelijkheden om dit besluit te wijzigen beperkt zijn. Indien sprake is van een wezenlijke wijziging van het besluit, zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden.

De derde fase van het transparantiebeginsel heeft betrekking op de 'afsluiting van de procedure'. Dat een besluit gemotiveerd moet worden en dat daartegen rechtsbescherming openstaat, is reeds in de Awb geregeld. De Awb bevat echter geen algemene verplichting om besluiten bekend te maken. In veel gevallen is bekendmaking aan de geadresseerde voldoende. Niet kan worden uitgesloten dat een dergelijke beperkte bekendmaking in strijd is met het transparantiebeginsel. Een ruimere bekendmakingsregeling zou in algemene zin in de Awb kunnen worden opgenomen, maar in ieder geval in een regeling voor schaarse besluiten.

Het algemeen codificeren van het transparantiebeginsel is ook onwenselijk, omdat het te verstrekkend zou zijn. Het beginsel is immers met name of zelfs uitsluitend bedoeld voor de verdeling van schaarse besluiten. Overwogen zou dan ook kunnen worden een aparte afdeling in de Awb op te nemen voor de wijze van de verdeling van schaarse besluiten. Op dit moment zijn reeds in diverse bijzondere wetten, zoals de Telecommunicatiewet en de Wet personenvervoer 2000, regelingen opgenomen voor de verdeling van dergelijke besluiten. In paragraaf 4.3 is een overzicht opgenomen van de elementen die in een regeling in de Awb zouden kunnen worden opgenomen. Het betreft de volgende elementen:

- een definitie van het begrip 'schaars besluit';
- een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen;
- een omschrijving van de mogelijke verdelingsprocedures, namelijk (1) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (2) loting; (3) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; (4) veiling; of (5) aanbesteding; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken;
- een passende wijze van bekendmaking van de aanvang van de verdelingsprocedure;
- een verplichting om de selectie- en gunningcriteria bij wettelijk voorschrift of beleidsregel vast te stellen (het 'reglement');
- een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van het 'reglement' af te wijken. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden;
- een afwijking van artikel 4:5 Awb, omdat deze niet kan worden toegepast. Na het verstrijken van de aanvraagtermijn kunnen aanvragen niet meer gewijzigd of aangevuld worden en mag het bestuursorgaan ook niet vragen om aanvullende informatie;
- een bepaling dat het bestuursorgaan het verleningsbesluit algemeen bekend moet maken;
- een bepaling dat na verlening van het besluit het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen. Indien het bestuursorgaan dit toch wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdelingsprocedure gevolgd moeten worden;

- een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn en of de bezwaarfase kan worden overgeslagen en direct beroep mogelijk is.

Uit het voorgaande kan dan ook worden geconcludeerd dat het transparantiebeginsel zou moeten worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Daarnaast zou in de Awb een verdelingsregeling voor schaarse besluiten kunnen worden opgenomen. Daarom doe ik hierbij de volgende drie suggesties:

- aan rechtshulpverleners om een direct beroep te doen op het transparantiebeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur;
- aan de rechterlijke macht om in uitspraken expliciet te benoemen dat een besluit in strijd is met het transparantiebeginsel; en
- aan de wetgever om een regeling voor schaarse vergunningen toe te voegen aan de Algemene wet bestuursrecht.

# Stellingen

1. Het transparantiebeginsel moet worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.
2. Het transparantiebeginsel moet niet worden gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht.
3. In de Awb moet een regeling worden opgenomen voor de verlening van schaarse besluiten.